MARIA FERNANDA CALADO DE AGUIAR RIBEIRO CURY

ONEROSIDADE EXCESSIVA EM ACORDO DE ACIONISTAS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Professor Doutor Paulo Salvador Frontini

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2014

MARIA FERNANDA CALADO DE AGUIAR RIBEIRO CURY

ONEROSIDADE EXCESSIVA EM ACORDO DE ACIONISTAS

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direito Comercial

Orientador: Prof. Dr. Paulo Salvador
Frontini

São Paulo
2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cury, Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro.
C988o Onerosidade excessiva em acordo de acionistas / Maria
Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury. - - São Paulo: USP /
Faculdade de Direito, 2014.
210 f.
Orientador: Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini.
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

1. Acionista. 2. Contratos. 3. Teoria do Risco. I. Frontini,
Paulo Salvador. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de
Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU

Nome: CURY, Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro

Título: Onerosidade excessiva em acordo de acionistas

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Especial agradecimento ao meu caro orientador Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini pelos conselhos, incentivo e apoio que foram fundamentais na orientação deste trabalho.

Aos meus colegas e superiores do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados que permitiram e apoiaram a viabilização deste trabalho, disponibilizando recursos e tempo, indispensáveis à respectiva elaboração.

Aos meus familiares e amigos pelo apoio a agradável convívio durante todos esses anos e por todos os momentos difíceis que acabaram por tornar mais fáceis.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma investigação sobre o alcance da aplicação da teoria da onerosidade excessiva, prevista nos artigos 478 a 480 do Novo Código Civil, aos acordos de acionistas, tipo contratual cada vez mais presente na realidade empresarial brasileira. Especial atenção é dada ao fato de que o acordo de acionistas está inserido em um contexto marcado não só por um ambiente negocial e mercadológico sujeito a acontecimentos imprevisíveis que podem desequilibrar as prestações de forma excessivamente onerosa para uma das partes, mas também marcado por um equilíbrio na composição do conteúdo contratual e na alocação de riscos correspondente combinados pelas partes.

Para isso, serão analisadas as questões relativas ao alcance da aplicação do mecanismo de reequilíbrio contratual mencionado em acordo de acionistas, à identificação do objeto do conteúdo contratual que contém o programa de alocação de risco e ao elemento-guia utilizado pela jurisprudência nesse sentido, uma vez que foi o uso desenfreado do reequilíbrio contratual que fez com que este fosse quase expulso da sistemática contratual durante o período clássico.

A pesquisa apontou como elemento-guia autorizador da aplicação da onerosidade excessiva pelos órgãos judiciais estudados a conjunção da identificação dos critérios legais com a identificação do fato de a onerosidade excessiva estar além daquele risco implícito e da álea normal da natureza do negócio jurídico celebrado. Tais resultados apontam para uma criteriosa possibilidade de correção de desequilíbrio contratual compatível com a dinâmica e o ambiente dos acordos de acionistas.

Palavras-chave: Onerosidade excessiva. Acordo de acionistas. Imprevisibilidade. Desequilíbrio contratual. Teoria do risco.

ABSTRACT

This work presents an investigation concerning the scope of application of the excessive onerous theory, provided in articles 478 to 480 of the Brazilian Civil Code, in the shareholders' agreement matter, a contractual type increasingly present in the Brazilian business reality. Special attention is given to the fact the shareholders' agreement is inserted in a context characterized not only by the negotial and market environment subject to unpredictable events that may disrupt the provision in an excessive onerous way to a relevant party, but also characterized by a balance in the composition of the content and of the contractual allocation of risks combined by the relevant parties.

For this, we analyze the issues related to the scope of application of the mentioned contractual rebalancing mechanism in the shareholders' agreement matter, to the identification of the contractual content object that contains the risk allocation program and to the guide-element used in the jurisprudence in this sense, since it was the unlimited use of contractual rebalancing that caused this was almost kicked out of the contractual systematically during the classical period.

The survey pointed out as guide-element to the application of excessive onerous by the legal courts studied the association of the legal criteria identification with the identification of the fact that the excessive onerous being beyond that inherent and normal risk concluded of the nature of the legal business. These results point to the possibility of a careful correction of contractual imbalance compatible with the shareholders' agreements dynamic and environment.

Keywords: Excessive onerous. Shareholders' agreement. Unpredictability. Contractual imbalance. Risk theory.

SUMÁRIO

PARTE I	7
1 INTRODUÇÃO.....	7
1.1 APRESENTAÇÃO DE TEMA	7
1.2 FORMULAÇÃO DAS HIPÓTESES DE INVESTIGAÇÃO	8
1.3 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS APLICADOS E ESTRUTURA DO TRABALHO.....	9
2 TEORIA DOS CONTRATOS – DO CLASSICISMO JURÍDICO AO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002	12
2.1 ALGUMAS INOVAÇÕES JURÍDICAS	19
2.1.1 A intervenção do Estado nos contratos privados	20
2.1.2 Contratos para uma economia de massa	23
3 OS PRINCÍPIOS DA TEORIA CONTRATUAL.....	27
3.1 “DIZ CONTRATUAL, DIZ JUSTO” – O BROCARDO JURÍDICO QUE RETRATOU O PERÍODO CLÁSSICO.....	28
3.1.1 Princípio da autonomia da vontade.....	28
3.1.2 Supremacia da ordem pública.....	32
3.1.3 Princípio da força obrigatória dos contratos	35
3.1.4 Princípio da relatividade dos efeitos.....	38
3.2 O REFREAMENTO DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS PELOS NOVOS PRINCÍPIOS SOCIAIS	39
3.2.1 Princípio da boa-fé	42
3.2.2 Princípio da socialidade.....	48
3.2.3 Princípio da justiça contratual	52
4 O TRATAMENTO ATRIBUÍDO AOS CONTRATOS NO NCC – UNIFICAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	61
5 ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	67
5.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS	67
5.2 TEORIAS DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS EM RAZÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA	76
5.3 REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO BRASILEIRO ..	82
5.3.1 Cláusulas abusivas	88
6 IMPLICITUDE DO RISCO NOS CONTRATOS	92
6.1 RISCO COMO ELEMENTO IMPLÍCITO NO CONTRATO.....	92
6.2 A IDENTIFICAÇÃO DA ÁLEA NORMAL.....	97

6.3	ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS ALEATÓRIOS	100
PARTE II		110
7	ACORDO DE ACIONISTAS	110
7.1	POSICIONAMENTO DO ACORDO DE ACIONISTAS NA TEORIA DOS CONTRATOS	113
7.2	ACORDO DE ACIONISTAS TÍPICO E ATÍPICO	119
7.2.1	Acordo de acionistas típico	125
7.2.2	Acordo de acionistas atípico	131
7.3	ALGUNS INSTITUTOS RELEVANTES CORRELATOS AO ACORDO DE ACIONISTAS	141
7.3.1	Reuniões prévias	141
7.3.2	Execução específica do acordo de acionistas	143
7.3.3	Extinção do acordo de acionistas	147
8	REVISÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	154
9	ONEROSIDADE EXCESSIVA NO ACORDO DE ACIONISTAS	158
10	CONSIDERAÇÕES FINAIS	161
REFERÊNCIAS		163
APÊNDICE A – RESULTADO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL		176

PARTE I

1 INTRODUÇÃO

1.1 APRESENTAÇÃO DE TEMA

Não obstante a longínqua discussão jurídica sobre a modificação do contrato em razão de fatos supervenientes à sua conclusão que acabam por torná-lo excessivamente oneroso e dono de prestações pactuadas desequilibradas para uma das partes, o tema da onerosidade excessiva somente foi introduzido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Novo Código Civil (NCC).

De forma sucinta, a citada legislação deu ao tema a possibilidade de revisão ou resolução de contratos de execução continuada ou diferida, caso a prestação de uma das partes, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, se torne excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra contratante.

Discussão implícita ao tema é a questão do posicionamento dos pilares clássicos do direito contratual formados por princípios inter-relacionados, a saber a força obrigatória dos contratos e autonomia da vontade dos contratantes (respeitada a ordem pública) eram o sustento da visão da teoria clássica do direito contratual.

Como se verá de forma mais aprofundada, o mencionado classicismo foi modelado por uma nova mentalidade, preocupada com os temas sociais, que se formou no final do século XIX e no início do século XX, ficando o palco do direito contratual compartilhado — e algumas vezes até disputado — entre os dois movimentos.

Com tal pano de fundo, o objetivo deste trabalho focado no estudo sobre a possibilidade e os limites da aplicação da teoria da onerosidade excessiva aos acordos de acionistas, tipo contratual cada vez mais presente na realidade empresarial brasileira, vem inserido no contexto de um ambiente negocial e mercadológico sujeito não apenas a acontecimentos imprevisíveis que possuem o condão de tornar as prestações

desequilibradas e excessivamente onerosa para uma das partes, mas também em um contexto marcado por um equilíbrio de relações permeado pela alocação de riscos.

Assim, há que se considerar também na formação de um acordo de acionistas o fator da alocação dos riscos contratuais e do risco implícito, já que, juntamente com o decurso do tempo entre a contratação e a execução, vem naturalmente a incerteza referente aos eventos que podem acabar por interferir na execução do contrato tal como pactuado inicialmente pelas partes.

Ao trazer para o campo do acordo de acionistas o tema da modificação e da resolução contratual em razão da onerosidade excessiva, pretende-se agregar ao estudo do direito a sopesagem necessária entre a manutenção dos termos pactuados de um acordo de acionistas e a possibilidade de revisão ou resolução dos seus termos de acordo com o NCC, para que não seja prejudicada a segurança jurídica dos negócios privados e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico do país.

Uma das inspirações para o tema aqui proposto foi o parecer intitulado *Os limites da teoria de imprevisão: o “revisionismo” fora do lugar debilita o ambiente contratual brasileiro*, de Gustavo H. B. Franco¹, no qual é emitida opinião negativa quanto à aplicação da onerosidade excessiva em cláusula de opção de compra e de venda de ações de um acordo de acionistas. Não obstante a destacada qualidade do parecer, especialmente nos argumentos de cunho econômico, pretendeu-se no presente trabalho aprofundar a investigação jurídica nas fontes primárias (legislação e jurisprudência) e nas fontes secundárias (literatura jurídica crítica geral e específica), a fim de obter como resultado um produto científico jurídico².

1.2 FORMULAÇÃO DAS HIPÓTESES DE INVESTIGAÇÃO

O conceito de equilíbrio contratual é permeado pela noção de alocação de riscos contratuais entre as partes. Enquanto por um lado o equilíbrio contratual possui uma certa

¹ FRANCO, Gustavo H. B. Os limites da teoria de imprevisão: o “revisionismo” fora do lugar debilita o ambiente contratual brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 10, n. 35, p. 311-342, jan./mar. 2007.

² PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito; Millennium, 2008.

estática (ou seja, uma composição harmoniosa do conteúdo contratual, caracterizada pela diversidade), por outro lado possui também uma dinâmica (ou seja, a posição de relativa estabilidade do conteúdo contratual, caracterizada pela sua fragilidade)³. Essa posição de relativa estabilidade pode ser afetada em razão de um evento superveniente extraordinário e imprevisível que impacte diretamente na noção dinâmica do contrato, ou seja, que ataque a composição do conteúdo contratual, desestabilizando o conteúdo correspondente. A investigação que se desenvolve neste trabalho posiciona-se justamente na possibilidade de reestabelecimento do equilíbrio do acordo de acionistas, respeitando a alocação de riscos, a álea normal quista pelas partes, por meio da aplicação da teoria da imprevisão e do mecanismo da onerosidade excessiva, previsto no NCC. Para tal investigação, são avançadas as hipóteses a seguir:

1 – Há a possibilidade de aplicação do mecanismo de reequilíbrio contratual em razão de onerosidade excessiva em acordo de acionistas? Se sim, quais os respectivos limites?

2 – Como identificar o objeto do conteúdo contratual que demonstra a alocação ou não do risco dentro da álea normal pactuada pelos contratantes?

3 – Qual o elemento-guia utilizado pela jurisprudência nesse sentido?

1.3 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS APLICADOS E ESTRUTURA DO TRABALHO

A postura adotada na investigação que resultou neste trabalho utilizou-se do método dialético (por meio de análise e discussão das posições antagônicas da literatura jurídica de destaque no que se refere a argumentos ou problemas), da coleta de jurisprudência⁴ (para verificação da tendência dos tribunais no tocante à aplicação da

³ FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: L.G.D.J. (Thèses Bibliothèque de droit privé, v. 366). p. 569-572.

⁴ No que se refere à contribuição de uma pesquisa jurisprudencial, Henrique Motta Pinto aponta (a) a descrição da jurisprudência pesquisada (nem sempre é tarefa fácil dizer qual é a jurisprudência de um tribunal sobre determinada matéria), (b) a crítica feita à jurisprudência e (c) a própria prática jurídica, pois pode interferir na prática dos tribunais e qualificá-la (a depender dos próprios tribunais), já que a pesquisa tem o potencial de apontar problemas, de mostrar o que não está funcionando adequadamente, de forma a estimular possíveis mudanças. A pesquisa de jurisprudência propicia uma reflexão que auxilia no aprimoramento da aplicação do direito, por meio da demonstração da chamada “realidade normativa”, ou seja, a inteligência do modo como o direito se apresenta e como ele funciona na prática dos tribunais. PINTO, Henrique Motta. Seminário de Metodologia 4: a formação da jurisprudência, a jurisprudência como formação e pesquisa. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coords. e orgs.). *Pesquisa empírica em direito*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013. p. 383-426. p. 405 et seq.

onerosidade excessiva) e do método histórico, especialmente na primeira parte do trabalho (por meio da reconstrução histórica dos aspectos econômicos, políticos e sociais responsáveis por influenciar a legislação, a literatura jurídica e a jurisprudência).

Quanto à pesquisa jurisprudencial, vale lembrar a importância do respectivo método utilizado. Henrique Motta Pinto⁵ alerta que o método é a chave para que os resultados sejam confiáveis (ou seja, para que aquele resultado não seja resultado de uma mera opinião de cunho pessoal do pesquisador, que não está lastreada em dados e ancorada em informações). A escolha do método adequado é capaz de permitir ao pesquisador a obtenção de resultados que consideram a prática e a formulação de argumentos com ela consistentes. De forma simplificada, formula-se uma pergunta e, então, o método para respondê-la. Nesse ponto surge a questão das “palavras-chave” na busca jurisprudencial, que devem ser adequadas para garantir o acesso aos julgados. Assim também funciona com os critérios a serem escolhidos para descrever a jurisprudência em relação ao problema de pesquisa.

Com isso em vista, neste trabalho a pergunta central escolhida para a pesquisa jurisprudencial é: qual o elemento-guia que autoriza a aplicação da onerosidade excessiva judicialmente? Para isso, as palavras-chave selecionadas foram “onerosidade excessiva”, “excessivamente oneroso(a)”, “acontecimento extraordinário e imprevisível”, “teoria da imprevisão”, “*rebus sic stantibus*”, “artigo 478 Lei 10.406”, “artigo 479 Lei 10.406” e “artigo 480 Lei 10.406”.

Quanto à estrutura, este estudo está dividido em duas partes. A primeira traz o relato conclusivo da pesquisa realizada sobre o arcabouço teórico do direito contratual. No primeiro capítulo são feitas a introdução e a apresentação do tema, são expostas as hipóteses de investigação formuladas e são explicitados os pressupostos metodológicos aplicados e a estrutura do trabalho. O segundo capítulo é o ponto de partida para a formação da base teórica necessária, uma vez que foi dedicado à evolução histórica do Direito dos Contratos. No terceiro capítulo é desenvolvido o estudo da base principiológica referente aos contratos, desde a formação dos princípios clássicos até os novos princípios

⁵ PINTO, Henrique Motta. Seminário de Metodologia 4: a formação da jurisprudência, a jurisprudência como formação e pesquisa. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coords. e orgs.). *Pesquisa empírica em direito*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013. p. 383-426. p. 405 et seq.

sociais responsáveis pelo freio daqueles. O quarto capítulo relata a pesquisa sobre o tratamento atribuído aos contratos pelo NCC, especialmente em razão da unificação do direito das obrigações, incluindo, também, a discussão acerca da teoria dos contratos empresariais. O capítulo quinto desenvolve a investigação sobre o mecanismo da onerosidade excessiva, seus precedentes históricos e como se opera a revisão e resolução por meio desse mecanismo. O capítulo sexto, último capítulo da parte I do trabalho, é dedicado ao tema do risco contratual, demonstrando que o desequilíbrio do conteúdo contratual em razão de determinado acontecimento somente poderá ser ajustado se o risco não fizer parte da álea normal daquele conteúdo contratual específico.

A segunda parte do trabalho trata especificamente do tema dos acordos de acionistas e a aplicação do mecanismo da onerosidade excessiva em seu conteúdo contratual se desequilibrado. O capítulo sétimo é dedicado ao relato da pesquisa técnica sobre o acordo de acionistas no direito brasileiro. Tal capítulo discute a posição ocupada pelo acordo de acionistas na teoria contratual, sua tipicidade e atipicidade, bem como as consequências decorrentes do conteúdo das cláusulas pactuadas. Traz também as questões correlatas referentes ao tema, como as reuniões prévias, a execução específica e os respectivos modos de extinção. O capítulo oitavo relata o resultado da posição judicial sobre a aplicação da onerosidade excessiva e a identificação do elemento guia utilizado pelos tribunais para aplicação do mecanismo nos julgados. O nono capítulo demonstra as possibilidades de desequilíbrio de conteúdo contratual concernentes às obrigações contidas nas cláusulas típicas e atípicas mais comuns no acordo de acionistas e verifica a possibilidade e os limites aceitáveis da aplicação do mecanismo disponibilizado pelos artigos 478 a 480 do NCC. No capítulo décimo são expostas as conclusões do estudo referentes às perguntas colocadas nas hipóteses delimitadas anteriormente.

2 TEORIA DOS CONTRATOS – DO CLASSICISMO JURÍDICO AO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O ingresso no presente estudo depara-se com a necessidade de uma retrospectiva histórica a fim de que se compreenda a influência irradiada pelos movimentos políticos e econômicos em direção do arcabouço teórico e principiológico concernentes aos contratos.

Afigura-se aqui de grande relevância a compreensão da origem dos princípios clássicos dos contratos como resposta social da burguesia emergente à política mercantilista imposta pelo Estado durante os séculos XVI e XVII e o início do XVIII. O enriquecimento e o aumento do poderio compuseram nessa época quase a totalidade da preocupação estatal, de modo que as políticas emanadas tinham como características o intervencionismo acirrado sobre as relações dos particulares, o direcionamento da produção para o seu próprio crescimento e a exploração das colônias conquistadas. Um dos métodos utilizados pelo Estado para garantir a entrada favorável de metais no país foi a chamada “balança de contratos”⁶, símbolo do intervencionismo nas relações contratuais privadas. Tal mecanismo caracterizou-se pela fiscalização sobre os contratos firmados entre nacionais e estrangeiros no sentido de que os navios nacionais que saíssem do país não poderiam retornar sem sua carga em metais, ao passo que os navios estrangeiros não poderiam sair do país sem produtos daquela nação⁷.

Em razão de tal política antagonista e diante do tolhimento da liberdade individual, surgiram, naturalmente, diversos focos de movimentos de oposição baseados na liberdade e no individualismo. Paul Hugon⁸ define os três movimentos de reação ao mercantilismo de maior destaque. O primeiro, de caráter científico, era contra a preocupação exclusivista de “arte econômica”. O segundo, de caráter liberal, reagiu contra o excessivo intervencionismo que se colocava em prática de forma abusiva. O terceiro, de cunho individualista, tinha como mote a contrariedade da sujeição do indivíduo ao Estado, numa subordinação estrita demasiada. Em meados do século XVIII essa tríplice reação foi ampliada e acabou por se apresentar como um robusto corpo de teoria e doutrina, denominada “liberalismo econômico”.

⁶ HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 82.

⁷ HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 82-83.

⁸ HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 102.

A tomada de posição do Estado liberal juntamente com a Revolução Industrial deu ensejo ao fortalecimento da classe burguesa, por meio da modernização dos meios industriais. Apesar de sua riqueza, naquela época, encontrava-se bloqueada pelo poder da nobreza e dos clericais. Desse modo, durante os séculos XVIII e XIX, a conquista da burguesia ascendente foi a liberdade de gerir seus bens, ou seja, a liberdade e a segurança da circulação de riquezas. Nas palavras de Enzo Roppo⁹, para que o processo de transferência de riquezas pudesse se efetivar de forma segura era fundamental o instrumento jurídico do contrato, bem como uma disciplina contratual, sintetizando o clássico conteúdo e os valores essenciais que orbitavam em torno de tal instituto focados na ideia de “liberdade de contratar, baseada no consenso dos contraentes”.

Humberto Theodoro Junior¹⁰ bem definiu o instituto contratual pelas lentes do liberalismo econômico como um instrumento de intercâmbio entre os indivíduos, por meio do qual a “vontade reina ampla e livremente”. Com base em tal visão liberal burguesa consolidaram-se os princípios clássicos da teoria contratual, que foram elencados por Silvio Rodrigues¹¹ como o princípio da autonomia da vontade, o princípio da força obrigatória e vinculante e o princípio da relatividade dos efeitos. Tais princípios serão objeto de estudo focado mais à frente no presente trabalho, juntamente com o princípio da supremacia da ordem pública.

No entanto, a utilização em demasia da liberdade individual acabou por obstar os interesses coletivos, o bem-estar social e a ordem pública, o que fez surgir, então, um movimento no sentido do intervencionismo estatal. Foi Stuart Mill¹² que introduziu nos preceitos clássicos do liberalismo econômico a preocupação da busca da “justiça social”, de modo a iniciar introduzir no pensamento econômico o ponto de transição da escola clássica para o socialismo e o intervencionismo. Concomitantemente, ocorream no final do século XIX as revoluções europeias e a publicação da obra *Manifesto comunista*, de Marx

⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 45.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1-2.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15.

¹² A obra *Princípios*, de Stuart Mill, foi de grande relevância pois se situou no ponto divisório das duas grandes correntes de pensamento econômico, liberal e social, bem como conteve o germe das ideias da nova ordem que viria a se pôr no ordenamento econômico e, conseqüentemente jurídico: as ideias sociais. Apud HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 156 et seq.

e Engels, de inegável influência. A liberdade descontrolada não mais era o valor mais adequado à realidade do início do século XX no mundo, mas tampouco o intervencionismo exacerbado o era. O que se buscava era o equilíbrio e a harmonia entre os interesses privados e os interesses da coletividade¹³.

No Brasil, pouco menos de quatro décadas depois da entrada em vigor da Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916, o Código Civil de 1916 (CC), é possível verificar, por meio de uma revisão bibliográfica¹⁴, críticas direcionadas ao diploma legal mencionado, denotando a necessidade de aperfeiçoamento do direito civil para que houvesse uma correspondência entre o direito positivado e as necessidades fáticas daquela época.

No período compreendido entre a apresentação do projeto de lei em outubro de 1899 pelo jurista Clóvis Beviláqua e a publicação do CC em janeiro de 1916, e, ainda, especialmente passadas as primeiras décadas após a entrada em vigor da referida legislação, a ocorrência de diversos fatos históricos, sociais, tecnológicos e econômicos foi responsável pela transformação da vida da sociedade e do empresariado brasileiro.

Essa transformação da estrutura social resultou em alterações concernentes aos referidos princípios individualistas¹⁵, que, de uma forma ou de outra, estavam presentes nas relações sociais da época. No entanto, tais valores “não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões”¹⁶. Em virtude do deslocamento existente entre o direito positivo e as relações sociais, firmou-se a ideia da necessidade de um novo diploma legal que englobasse, em seus dispositivos, soluções jurídicas adequadas ao novo momento.

¹³ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

¹⁴ Dentre as quais: GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955; REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952.

¹⁵ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36 e 37. Ver também: ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro)*. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7 e 27.

¹⁶ Brasil. Código Civil (2002). Código Civil. — Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/fatimacleide/Educacao/c%C3%B3digocivil.pdf>, p. 5.

Obviamente, o direito contratual não ficou excetuado da crise dos institutos jurídicos formada pelo advento de uma nova economia caracterizada pela diversificação de atividades e pela aceleração da produção de riquezas. Já naquela época tais alterações podiam ser encaradas como um imperativo do amadurecimento social, e as deficiências insanáveis do sistema legal tornaram-se reais óbices à evolução¹⁷. Assim, a clássica sistemática da teoria dos contratos também não escapou de sofrer as suas repercussões em virtude das transformações mencionadas.

Diversos são os autores na doutrina que tentaram apontar as mais diferentes causas que deram ensejo à evolução da teoria contratual. Dentre tantos, merece destaque San Tiago Dantas¹⁸, que, no início da segunda metade do século passado, já indicava duas principais causas responsáveis pela referida evolução.

A primeira delas era o sentido solidarista advindo do estabelecimento, pelos Estados democráticos de direito no século XIX, do chamado “princípio da solidariedade social”. Esse conceito veio numa tentativa de detrimento do estabelecido individualismo formado pela política econômica e social durante a formação do capitalismo industrial moderno, também chamada por Jayme Ayres¹⁹ de “socialização do Direito”. A segunda causa trazida pelo autor é a intervenção do Estado nas relações econômicas dos particulares a fim de exercer sua atuação cada vez em número maior de atividades, aspecto que será dissertado mais à frente.

O reflexo direto na teoria contratual foi a consignação da proteção dos mais fracos e o surgimento de normas restritivas à liberdade contratual e à autonomia da vontade, chamado de “dirigismo contratual”²⁰. Nesse contexto, surgiram as normas restritivas em, basicamente, duas ordens. San Tiago Dantas²¹ explica a primeira delas como princípios e

¹⁷ DANTAS, F. C. San Tiago. Direito privado brasileiro: aspectos gerais de sua evolução nos últimos cinquenta anos. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 315-323, out./dez. 2003. Texto publicado originalmente em 15 jun. 1951 no *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro..

¹⁸ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 7-9.

¹⁹ AYRES, Jayme apud GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 127.

²⁰ Para mais: BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 33 et seq.

²¹ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 8.

imperativos de ordem pública que possuem o condão de delimitar a autonomia da vontade no âmbito contratual. Já a segunda categoria seria formada por uma ideia capaz de colocar à prova as concepções clássicas da teoria contratual até o momento.

Outra literatura jurídica que merece referência é a de Orlando Gomes. No seu entendimento, em razão da dificuldade e do preconceito em relação à alterabilidade do direito das obrigações²², tido como estruturalmente rígido e impermeável pelas evoluções sociais e econômicas, acabou por ocorrer um “desajustamento irreconciliável”²³ entre a teoria clássica e os novos fatos. Dessa forma, o socorro para a manutenção, pelo conservadorismo jurídico da época, dos institutos contratuais obsoletos foi trazido por adaptações das normas e das instituições já existentes aos novos fatos que permeavam as relações contratuais. Tais adaptações se deram por meio dos “conceitos amortecedores”, tais como abuso de direito, abuso de poder econômico, lesão e imprevisão. A chamada “crise do princípio da força obrigatória dos contratos”, fortemente representada pela expressão “*pacta sunt servanda*”²⁴, remete à necessidade de fundamentação do instituto contratual calcada na justiça, aliada à autonomia da vontade, na qual ideias relativas a imprevisões e alterações das condições pactuadas se sobrepõem àquele princípio individualista não mais tão influente nas relações sociais.

Enzo Roppo²⁵, como apontado, verificou que a concepção contratual sedimentada durante os séculos XVIII e XIX teve por base a teoria jusnaturalista, que entendia que o contrato era um encontro das vontades individualizadas das partes e que suas consequências deveriam escutar as representações mentais dos contratantes. Entretanto, o *laissez-faire* do liberalismo econômico foi capaz de modificar sensivelmente a economia, a sociedade e a política no início do século passado e, conseqüentemente, teve incidência direta nas relações contratuais. Disso resultou uma profunda modificação do referido

²² As obrigações podem ser divididas em duas categorias: (a) as obrigações legais, cujo conteúdo e cuja obrigatoriedade derivados e integrados somente da lei; e (b) as obrigações contratuais, cujo conteúdo e cuja obrigatoriedade derivados e integrados da lei somada à vontade das partes. No presente trabalho será dada ênfase à segunda categoria. Para mais: DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 9.

²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 128.

²⁴ A expressão “*pacta sunt servanda*” foi desenvolvida pelos jurisconsultos bizantinos influenciados pelo direito canônico na Idade Média, como será visto em item específico sobre os antecedentes históricos da cláusula revisionista. O direito contratual francês, em 1804, acolheu o referido princípio em seu Código Civil. BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 59.

²⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 295 et seq.

instituto, já que numa economia moderna o que precisava ser garantido era a celeridade das contratações, sem deixar de lado a segurança e a estabilidade das relações, o que é incompatível com a relevância que se deu à vontade individual e às atitudes mentais dos contratantes. Dessa forma, a teoria da vontade contratual deu lugar à denominada “objetivação contratual”²⁶.

Também por meio de uma visão histórica, San Tiago Dantas²⁷ verificou que novas tendências relativas à revisão de estipulações contratuais formadas pela vontade das próprias partes são advindas de crises econômicas e épocas de depressão, sempre temporariamente, até a volta da estabilidade e/ou da pujança econômica. Como exemplo, cita a involuída idade medieval na época dos pós-glosadores influenciados pelo conteúdo ético e religioso e, também, o nascimento do capitalismo comercial no século XV, carente de normas mais certas e de determinação do implícito risco econômico, bem como a depressão pós-Primeira Guerra Mundial e a crise desencadeada nos Estados Unidos com a quebra da bolsa de valores em 1929. Assim, com o advento do “socialismo do direito” renasceu a ideia, na seara contratual, de que a alteração substancial das condições acordadas pelas partes poderia ensejar uma revisão, de modo a afrouxar a força obrigatória dos contratos.

Com vistas a atualizar-se em relação ao desenvolvimento e ao progresso nacional verificado e oferecer proteção aos interesses dos particulares com as exigências do bem comum sem deixar de lado os valores tradicionais, foi submetido ao Congresso Nacional, em junho de 1975, o projeto de lei²⁸ que viria a instituir um novo código civil para o Brasil²⁹. A Exposição de Motivos do NCC esclarece que o projeto de lei apresentado veio

²⁶ Da objetivação contratual surgiu a teoria da declaração, que “é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objetivo” cuja “característica é de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 298.

²⁷ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 9.

²⁸ BRASIL. *Projeto de Lei n. 634/1975*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

²⁹ O Anteprojeto do Código Civil é de autoria dos professores Miguel Reale (Supervisor), José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões). Ainda, o professor Moreira Alves acumulou, por determinado período, a função de coordenador da Comissão de Estudos Legislativos.

propor novos institutos e modelos jurídicos, a fim de oferecer soluções jurídicas adequadas aos problemas verificados na época e mitigar a possível crise da Justiça³⁰.

Tanto era o descompasso entre o antigo diploma e a nova sociedade da época que Miguel Reale relatou a inviabilidade de se aproveitar a maioria das disposições do antigo CC e a impossibilidade de realizar mera revisão e atualização dos dispositivos, haja vista a nova fundamentação da legislação que estava por vir, somada à evolução da ciência do direito³¹. Como não mais era possível deixar de lado os valores éticos e ignorar a decadência do individualismo para se alinhar de vez com a ideia do respeito à finalidade ética e social da comunidade em que o titular do direito está inserido, os princípios que fundamentaram o NCC foram a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Também não era mais aceitável desconsiderar a real possibilidade de efetivação das soluções jurídicas da legislação pelo operador do direito³².

O NCC não deixou de reafirmar qualquer um dos três princípios clássicos do instituto contratual atinentes à liberdade individual. Não obstante isso, a referida liberdade foi introduzida em um contexto diverso daquele pertinente ao liberalismo, isto é, buscou-se nos valores do Estado social novas instruções para a utilização daqueles mesmos princípios classicistas. Calçados nos ideais de justiça, igualdade e solidariedade, surgem os limitantes da autonomia da vontade absoluta, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio material das prestações.

Não obstante os muitos elogios da doutrina ao NCC, é possível encontrar fundamentadas críticas ao novo diploma, especialmente no campo contratual aqui estudado. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa³³ entende que, no tema dos contratos, as novas soluções trazidas pelo NCC não foram adequadas, especialmente em razão: da

³⁰ Ainda, vale ressaltar que a primeira tentativa de reforma do CC ocorreu no início dos anos 1930, época em que o governo da situação almejava uma reforma completa da legislação privada. MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro: de Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 363-385. p. 375 e 376.

³¹ REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, ano 92, p. 11-19, fev. 2003. p. 12-13.

³² REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, ano 92, p. 11-19, fev. 2003. 12-16.

³³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 14 et seq.

unificação da matéria³⁴; da volta da noção de função social do contrato; e da falta de tratamento específico para os contratos mercantis³⁵. O novo ordenamento jurídico contratual excetuou da teoria geral apenas os contratos em que uma das partes seja hipossuficiente (como a relação de trabalho e a de consumidor), deixando os contratos privados entre agentes econômicos — que não são, evidentemente, dotados de hipossuficiente contratual — inseridos em um ambiente de incerteza e insegurança³⁶.

2.1 ALGUMAS INOVAÇÕES JURÍDICAS

A ruína do classicismo jurídico diante da ascendência das preocupações sociais das relações jurídicas despertou determinadas alterações na matéria. Destacam-se a seguir duas inovações jurídicas surgidas no contexto explicitado anteriormente de forma mais específica: a intervenção do Estado nos contratos privados e os contratos para uma economia massificada.

O dirigismo estatal resultou, como apontado, na intervenção do Estado nas relações entre os particulares, readequando a autonomia da vontade e a liberdade individual ao encontro da ordem pública e dos interesses da coletividade. Tal readequação chegou a ser vista por diversos juristas como o fim do instituto contratual, como pormenorizado no item a seguir.

Também, com a industrialização, o inerente aumento do volume de trocas e as relações contratuais massificadas entre os particulares, especialmente as relações de consumo, fez-se imprescindível, mais uma vez, a restrição, pelo Estado, da autonomia da vontade dos contratantes, devendo tais relações ser mastreadas pelos conceitos do equilíbrio entre as partes e da equidade contratual. Aprofunda-se a seguir cada uma das duas inovações da época.

³⁴ BROSETA PONT, Manuel. *La empresa, la unificación de derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, 1965. p. 230 et seq.

³⁵ De acordo com VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 13, “o desaparecimento da tutela que o vetusto Código Comercial Brasileiro dispensava aos contratos mercantis, enunciada nos seus aspectos gerais nos artigos 121 a 139, não encontrou correspondência minimamente significativa no Código Civil, criando um vácuo no tratamento dos temas ali presentes ou, no mínimo, reduzindo-se em grande parte o espectro do tratamento anteriormente existente”.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 73-82, jan./mar. 2001. p. 73 et seq.

2.1.1 A intervenção do Estado nos contratos privados

O axioma da autonomia da vontade dos contratantes, próprio do liberalismo, a partir do estabelecimento do Estado social, protetor de interesses sociais gerais e de grupos determinados, passou a esbarrar em outros princípios atinentes à nova realidade. Por autonomia da vontade, entende Luiz Gastão Paes de Barros Leães³⁷ o poder concedido aos indivíduos de autorregular os seus próprios interesses, o qual, no direito contratual, concretiza-se na liberdade de contratar, seja na celebração do contrato, seja na estipulação do conteúdo do instrumento contratual da maneira que mais interesse às partes, de modo a formar uma intangibilidade do conteúdo contratual.

Entretanto, esse espaço dentro do qual era permitida a autorregulação da vontade dos contratantes foi reduzido sensivelmente, como resultado da extensão e do desenvolvimento das intervenções legislativas sobre as relações contratuais. Já na metade do século XX, Enzo Roppo³⁸ verificou que a lei celebrava seu predomínio sobre o contrato, do qual foram subtraídas características e competências que, anteriormente à evolução do direito moderno, eram reservadas a tal instituto.

Guido Alpa³⁹ desdobra, para além da celebração e do conteúdo contratual, a liberdade contratual dada pela autonomia da vontade, identificando, ainda, a escolha da outra parte, o instrumento jurídico adequado, a forma do contrato, o modo da transmissão da declaração contratual e a escolha da modalidade de conclusão do contrato pactuado.

Paulo Salvador Frontini⁴⁰ entende que a intervenção estatal nos contratos privados é manifestada pela posição de limites à livre iniciativa econômica. Assim, do confronto entre os princípios próprios do liberalismo, que serão estudados de forma aprofundada mais à frente, e os limites embasados no interesse público e na Constituição é possível, de acordo

³⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 13-14.

³⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 338.

³⁹ ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Milano: CEDAM, 2007. p. 18, 276 e 277.

⁴⁰ FRONTINI, Paulo Salvador. A atividade negocial e seus pressupostos econômicos e políticos sobre os fundamentos constitucionais do direito comercial e a função social da livre iniciativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 255, n. 877/879, p. 99-103, 1976. p. 101-102.

com o autor, extrair o plano de atividade econômica deferido à iniciativa particular, dentro do qual se localizarão as normas do direito negocial.

Os limitantes a tal liberdade podem ser divididos em dois aspectos⁴¹, quais sejam, a importância da ordem pública e o dirigismo contratual. Tais limitantes, de acordo com José Alexandre Tavares Guerreiro⁴², objetivaram basicamente o resguardo da equivalência das prestações nas relações contratuais e o atendimento aos interesses externos a tais relações: da coletividade e do bem comum. Ainda José Alexandre Tavares Guerreiro, muito antes de o NCC ser concretizado, já identificava o desafio central da teoria moderna contratual justamente como a conciliação entre a autonomia da vontade e os limitantes mencionados.

Foi justamente o desafio de realizar tal conciliação que levou diversos juristas a apontar a fase moderna do direito contratual como o fim do instituto. A fase que Orlando Gomes⁴³ chamou de “decadência do individualismo jurídico e humanização do direito privado” foi vista por teóricos clássicos como a ruína do contrato. Se, por um lado, contratualistas afeitos às noções clássicas do instituto, como Andre Toullemon, Gaston Morin e Barreyre⁴⁴, entenderam a nova realidade como a crise do contrato, Enzo Roppo, por outro, tratou dos novos papéis que o instituto contratual assumia no direito moderno e denominou tal fase de “relançamento do instrumento contratual”⁴⁵.

Também José Alexandre Tavares Guerreiro⁴⁶ enxergou tal fase como uma “transformação conceitual”, ante o acompanhamento das transformações sociais, políticas econômicas e tecnológicas verificadas no mundo ocidental, a qual não desnatura o instituto, mas sim, pelas lentes da eficácia, faz com que seja melhor social e moralmente. O

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 3. p. 10-11.

⁴² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a economia dos contratos privados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 31, ano 17, p. 77-90, 1978. p. 77 et seq. Ainda, ressalta-se que, no entendimento de Guerreiro, tais objetivos estão intimamente ligados e chegam até a se confundir. Isso porque a proteção dispensada à categoria de hipossuficientes é de importância social e está atrelada aos interesses da coletividade.

⁴³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 25-30.

⁴⁴ Andre Toullemon, Gaston Morin e Barreyre, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 3. p. 13.

⁴⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 335.

⁴⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a economia dos contratos privados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 31, ano 17, p. 77-90, 1978. p. 78-80.

mesmo entendimento é compartilhado por Eros Grau⁴⁷ numa literatura mais recente, para quem o discurso sobre a “morte do contrato” é, na realidade, um discurso em prol da vida do contrato, já que a morte do instituto corresponde à superação da teoria clássica dos contratos.

Diferentemente do previsto no liberalismo, a moderna liberdade do indivíduo não mais afasta a intervenção estatal no que se refere a estabelecimento de balizas e parâmetros de ordem pública limitadores de tal autonomia das partes contratantes⁴⁸. São diversos os modos e as técnicas de intervenção do Estado na economia dos contratos⁴⁹. O principal deles são as normas, as quais Caio Mário da Silva Pereira⁵⁰ divide em três tipos essenciais, quais sejam, (a) a imposição da contratação pelo legislador, (b) a instituição de cláusula coercitiva com definição de direitos e deveres cogentes e (c) a concessão, ao Judiciário, da faculdade de revisão contratual e de estabelecimento de condições de execução, de modo que a vontade dos contratantes fica substituída pela vontade estatal.

Sobre o tema, conclui Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁵¹ que, a fim de assegurar a efetividade dos interesses da sociedade de forma geral sobre os interesses de natureza individual, consolidando na prática os novos princípios que derrogaram a teoria clássica dos contratos, o Estado, numa linha ascendente, passou a intervir nas relações contratuais entre particulares considerando que a igualdade jurídica trazida pela Constituição Federal (CF) muitas vezes, senão a maioria delas, não corresponde à igualdade de fato, especialmente quando se fala em contratação típica por adesão às cláusulas e às condições já dispostas pela parte tida como jurídica e economicamente mais forte, caso que será abordado no próximo tópico.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 73-82, jan./mar. 2001.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 14-16.

⁴⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a economia dos contratos privados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 31, ano 17, p. 77-90, 1978. Afirma Guerreiro que seria “muito difícil, senão impossível, sistematizar científica e metodologicamente os modos e técnicas desse intervencionismo pronunciado pelo Poder Público nas relações jurídicas privadas”.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 3. p. 13.

⁵¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 46.

2.1.2 Contratos para uma economia de massa

Fato inevitável e irreversível já há algumas décadas no Brasil, e desde a subsequência da Revolução Industrial do início do século XIX na Europa, é o fenômeno social da massificação da sociedade⁵². Fernando Noronha⁵³ opina acerca da relevância de tal fenômeno para o direito contratual:

A grande resultante de tais fenômenos foi a massificação da sociedade. Realmente, se existe uma palavra que pode sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui nos interessa, que são os contratos, tal palavra é massificação.

Mesmo que muitas vezes quase imperceptível, a contratação de massa fez com que o contrato de negociação entre as partes ocupasse hoje uma parcela pequena do direito privado⁵⁴. Haja vista sua importância no tema da teoria contratual moderna, passa-se a verificar os principais aspectos de tal instituto.

Como consequência da inevitável massificação das relações sociais, surgia a necessidade de uniformização das relações jurídicas para viabilizar todas as relações contratuais de massa de forma mais automática. O crescente volume de trocas, a padronização e a impessoalidade das relações travadas entre as empresas e seus consumidores não mais eram satisfeitos por uma lógica contratual própria da teoria da vontade baseada no individualismo e no caráter pessoal das relações. Era, então, calcada em uma nova lógica, pela qual os efeitos e o tratamento jurídico das relações contratuais se conectam aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis dos atos pelos quais as relações se constituem, lógica denominada de “teoria da declaração”.

A chamada “despersonalização do contratante” e a presença de cláusulas predispostas por apenas uma das partes podem ser encontradas naqueles contratos típicos para uma economia de massa, tais como consumidor, títulos de crédito, seguro, consórcio

⁵² De acordo com Lôbo, pode-se entender o conceito de massa como conjuntos humanos nos quais o indivíduo é visto como um ser anônimo e despersonalizado. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 12 et seq.

⁵³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 71.

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 410-411.

para aquisição de bens duráveis, planos de saúde, dentre vários outros. Tanto o processo produtivo padronizado quanto os próprios produtos objeto de tais relações contratuais padronizados refletem diretamente uma contratação nos mesmos termos. Para a empresa, a contratação padronizada oferece vantagens em termos de economia de gestão, desde a redução do custo de contratação ou de transação, tal como conceituado por Ronald Coase⁵⁵, até o conhecimento dos riscos assumidos e dos elementos suscetíveis de configurar ativos ou passivos no balanço da empresa.

Torna-se, assim, por um lado, o contrato de adesão⁵⁶ um fator decisivo de racionalização⁵⁷ e de economicidade da atuação empresarial e, por outro lado, uma privação da massa contratante da real decisão e influência do conteúdo contratual imposto de forma unilateral⁵⁸.

Ainda, de acordo com Enzo Roppo⁵⁹, o que importa para a automatização da contratação é que se garanta a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações. Para isso, a contratação de massa é baseada no contrato de adesão, ou seja, num esquema contratual uniforme e padronizado de cláusulas⁶⁰ aplicáveis indiferentemente a qualquer relação. A aceitação da parte não predisponte é resumida a um ato de adesão mecânica e passiva ao esquema já previamente formulado, sem nenhuma negociação singular, assumindo um papel de aderente⁶¹.

⁵⁵ COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, Chicago, v. 4, p. 386-405, 1937. p. 386 et seq. Republicado em 1988 em *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988.

⁵⁶ Também denominado “contrato *standart*”, no direito alemão. Para Gomes, a denominação “contrato de adesão” goza, sob influência francesa, de maior aceitação, sendo a forma do consentimento que identifica mais rapidamente a figura jurídica do contrato de adesão. A aceitação em bloco de cláusulas preestabelecidas significa que o consentimento se dá por adesão. GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 110-111.

⁵⁷ No mesmo sentido, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 354.

⁵⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 315-316.

⁵⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 297, 298, 311-318.

⁶⁰ Para Gomes, o termo “cláusula” é mais afeto ao direito contratual do que o termo “condição”, que teria sentido técnico diverso. GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 111-112.

⁶¹ De acordo com ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 317, “Deve acrescentar-se que grande parte das vezes, as empresas predisponte fazem deste seu poder de determinação unilateral e arbitrário do conteúdo das relações contratuais, um uso vexatório em prejuízo dos aderentes; as cláusulas uniformes impostas a estes últimos são, em regra, conformadas de modo a realizar exclusivamente os interesses da empresa, garantindo-lhe vantagens a que correspondem, a cargo da contraparte, riscos, ônus e sacrifícios, bem mais gravosos do que aqueles que lhe deveriam caber, com base nas normas dispositivas, que como sabemos, tendem a actuar um composição justa e equilibrada dos interesses em conflito (basta pensar no abuso que nos contratos *standart* se faz das cláusulas que excluem ou limitam a

Como o predisponente encontra-se livre nessa modalidade para expandir sua vontade contratual, coube à legislação restringir essa autonomia de modo a centrar as relações contratuais de consumo nos princípios do equilíbrio e da equidade, que, de acordo com Darcy Bessone⁶², seriam obtidos apesar da ausência de tratções e da desigualdade econômica das partes. Na opinião de Silvio de Salvo Venosa⁶³, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) trouxe disposições normativas que colocaram o Brasil em paridade com as mais modernas leis protetivas do direito das contratações de massa.

Tão atuais são o tema e as diversas discussões sobre a aplicação ou não do CDC nas mais diversificadas relações contratuais que a I Jornada de Direito Comercial, realizada em 2012, cujos enunciados aprovados foram formalmente divulgados em 2013, discutiu a aplicabilidade ou não do CDC às relações construídas entre os sócios ou os acionistas de uma sociedade ou mesmo entre tais sócios ou acionistas e a sociedade. O enunciado aprovado afirma que tal legislação não se aplica às relações entre sócios e acionistas ou entre eles e a sociedade⁶⁴.

Outro viés da massificação da relação contratual, também não objeto do CDC, pode ser verificado mediante a análise das transações econômicas realizadas no âmbito do mercado de capitais. A presença do elemento contratual nas negociações bursáteis, na linha do contrato de adesão, pode ser verificada nas ofertas públicas de aquisição de ações⁶⁵, nas

responsabilidade que por lei impenderia sobre o predisponente, anulando, assim, uma garantia essencial dos interesses do aderente)”.
⁶² BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 59-60.

⁶³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 352-353.

⁶⁴ JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1, 2012, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

⁶⁵ Carvalhosa verifica a relação contratual em seus estudos sobre oferta pública de aquisição de ações na medida em que a define como uma “declaração pública pela qual uma pessoa física ou jurídica propõe aos acionistas de uma companhia a celebração do contrato de compra ou permuta de ações. Dirige-se a oferta a pessoas indeterminadas quanto à identidade, porém determináveis pela categoria profissional que ostentam como acionistas de uma companhia. E, nestes termos, a oferta constitui elemento necessário à formação do contrato. É assim uma declaração que invariavelmente precede outra declaração a qual, por sua vez, propicia a formação do negócio, ou seja, a aceitação”. (CARVALHOSA, Modesto. *Oferta pública de aquisição de ações*. São Paulo: IBMEC, 1979. p. 20). Ao analisar o CC sobre o tema da formação dos contratos em geral, tal definição, por abrigar os elementos legais fundamentais da formação do contrato, encontra respaldo no artigo 429. Não obstante isso, ficou a cargo da Lei nº 6.404/1976 e da Instrução nº 361/2002 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) estabelecer as normas aplicáveis às ofertas públicas de aquisição de ações.

opções, nos derivativos, nos contratos de distribuição de valores mobiliários⁶⁶, dentre outros. Tal acepção não é novidade. Enzo Roppo⁶⁷, em divisão em que tratava dos contratos *standarts*, afirmava que “esquemas contratuais fortemente tipicizados regulam as transações da bolsa, terminando, na sua maior parte, por constituir verdadeiros e próprios costumes”.

⁶⁶ Também conhecido pela expressão estrangeira “*underwritings*”.

⁶⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 312.

3 OS PRINCÍPIOS DA TEORIA CONTRATUAL

Referindo-se à observação de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁶⁸, cabe neste ponto breve consideração sobre as fontes do direito dos contratos para pontuar a localização do objeto deste item. É possível dividir as fontes do direito contratual, tendo em conta a sua origem, em fontes gerais e as fontes normativas. Aquelas são compostas pelos registros históricos, pela doutrina e pela jurisprudência. Já as fontes normativas são compostas pela Constituição Federal, pelas leis ordinárias, por decretos, por normas administrativas e, também, usos e costumes e até a vontade das partes. Disse o autor que, “a par das fontes normativas [...] deve-se dar um destaque aos princípios contratuais gerais, encontrados de forma encoberta no ordenamento jurídico”.

Cabe pontuar que é tal a importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro que os princípios gerais do direito são colocados como fonte de que o juiz poderá se socorrer caso determinada regra não esteja positivada na legislação, de acordo com o artigo 4º⁶⁹ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Dito isso, serão objeto de análise os princípios da teoria clássica e da teoria moderna do direito contratual. O intuito de tal análise é demonstrar a relevância da base principiológica positivada como resultado da mudança de consciência da sociedade e seu reflexo direto nas normas jurídicas. A mencionada mudança de consciência, marcada por fatos históricos, acaba consolidando novos valores resultantes de seus novos anseios. Cabe, portanto, ao direito o papel de acompanhar tais alterações e refleti-las no ordenamento jurídico. A seguir será explicitada tal evolução, de modo que se demonstre o caminho percorrido para que se chegasse ao tema da imprevisão contratual.

⁶⁸ “Quem se aventura a escrever uma obra sobre o direito contratual necessita buscar suas fontes.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 23.

⁶⁹ “Artigo 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

3.1 “DIZ CONTRATUAL, DIZ JUSTO”⁷⁰ – O BROCARDO JURÍDICO QUE RETRATOU O PERÍODO CLÁSSICO

A base principiológica clássica da teoria contratual⁷¹, formada pelas características do liberalismo econômico e refletida primeiramente no CC, acabou por receber, durante o século XX, fortes influências intervencionistas típicas do movimento do Estado social. Entretanto, não há que se falar em substituição ou desaparecimento de qualquer dos princípios clássicos quando da edição do NCC; apenas passaram a ter percepções diversas daquelas de outrora, sendo, como dito, inseridos em contexto em que se buscam novos valores sociais.

Passa-se, a seguir, a examinar os princípios da teoria contratual clássica, para em momento posterior verificar a mudança na lógica principiológica que trouxe novas perspectivas e concepções para tais princípios. A máxima “diz contratual, diz justo”, calcada apenas nos conceitos de igualdade formal e de liberdade das partes contratantes, foi questionada de forma veemente. Para que hoje fosse válida, alguns limitantes a ela foram adicionados, como será visto mais à frente no presente estudo.

3.1.1 Princípio da autonomia da vontade

No âmago da política liberal em que foi consolidada a segregação entre o Estado e os indivíduos, foi deixado a cargo destes uma relevante liberdade para pactuarem suas relações privadas. Pressupunha-se que os particulares, já que dotados de liberdade e de igualdade formal, detinham também um equilíbrio na relação contratual. Como não poderia deixar de ser, já que as partes eram livres para negociar a forma e o conteúdo que melhor lhes aprouvessem, à vontade individual foi conferida extrema relevância, deixando

⁷⁰ O brocardo “diz contratual, diz justo”, numa tradução livre da versão francesa “qui dit contractuel dit juste”, atribuído a Alfred Fouillée, representa a lógica contratual própria do liberalismo. De acordo com Pereira, a regra clássica do direito contratual era expressa na parêmia “qui iure suo utitur neminem laedit”, que era repetida num conceito ainda mais amplo, “quem diz contratual, diz justo”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula “*rebus sic stantibus*”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, ano 39, fascículo 472, p. 798-812, out. 1942. p. 798.

⁷¹ A divisão principiológica clássica utilizada no presente trabalho teve como referências o ilustre estudo de San Tiago Dantas (DANTAS, F. C. San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952.) e a obra de RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15. No primeiro se estabelecem os princípios gerais da doutrina dos contratos clássicos, quais sejam, a autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública e a obrigatoriedade das convenções. Também não foi deixado de lado o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, apontado por Silvio Rodrigues como um dos princípios basilares da teoria clássica.

completamente ao abandono as preocupações referentes às consequências para a coletividade.

Isso fez com que a doutrina jurídica clássica afirmasse que o contrato firmado em tal época seria “sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes”⁷². A vontade das partes contratantes, nas palavras de Teresa Negreiros⁷³, era o elemento fundamental para que se assegurasse o equilíbrio econômico do contrato. Conceitos como *parte hipossuficiente da relação contratual* não eram admitidos, haja vista que, em tese, as partes tiveram a oportunidade de disciplinar os interesses de forma livre.

Excetuando-se os casos de não aderência à ordem pública e aos bons costumes, não se punha relevo no que concernia aos impactos advindos das contratações privadas sobre todos aqueles que se encontravam atingidos, de uma maneira ou de outra. Nas palavras de San Tiago Dantas⁷⁴, o princípio da autonomia da vontade se coloca em posição oposta à tipicidade dos contratos, pois no que se refere ao primeiro conceito, o conteúdo depende exclusivamente do interesse das partes de forma que todas as combinações podem em tal contrato ser abrigadas, desde que não haja ofensa à ordem pública e aos bons costumes. Essa última parte compõe o segundo princípio dos contratos, denominado “supremacia da ordem pública”, que será abordado de forma específica no próximo tópico.

No ano de 1916, o Brasil positivou no CC a lógica liberal de que a vontade era a origem de toda a atuação do indivíduo no mundo jurídico. Não obstante o atraso à lógica liberal oitocentista e o achegado descasamento entre o direito privado positivo brasileiro e a realidade social que já estava em tal época vindo à tona, o princípio da autonomia da vontade era verificado ao longo das disposições do referido diploma legal, especialmente mediante uma leitura integrada dos artigos 82, 145, 147 e 1.079⁷⁵.

⁷² BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 25.

⁷³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25 et seq.

⁷⁴ DANTAS, F. C. San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.p. 15.

⁷⁵ “Artigo 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (artigo 145, n.º I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (artigos 129, 130 e 145).” “Artigo 145. É nulo o ato jurídico: I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (artigo 5); II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto; III. Quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130); IV. Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; e V. Quando a lei taxativamente o declarar

Dos revogados artigos 82, 145 e 147 depreende-se que as causas legais de validade, anulabilidade e nulidade dos chamados atos jurídicos⁷⁶ eram limitadas à não identificação do objeto lícito ou do agente capaz, à forma prescrita ou não proibida pela lei⁷⁷ e, também, às hipóteses de não permissão legal. Essas hipóteses formavam a seara em que era permitida a intervenção do Estado; o restante, desde que não oferecesse ofensa à ordem pública e aos bons costumes, estava a cargo da vontade dos contratantes.

No que se refere ao conceito da vontade estabelecido no CC, verifica-se, pelos artigos 85 e 1.079, que permitiu a legislação de outrora o maior relevo à vontade real do que à vontade declarada e, também, que o elemento volitivo, mesmo que não expresso, poderia ser considerado válido. Consagrando o princípio de que se deve perseguir mais a intenção do contratante do que a declaração expressa realizada, o antigo diploma legal também não deixou ao relento a prevalência, em certos casos, da teoria da declaração⁷⁸.

É justamente o dilema da prevalência de uma ou da outra, em caso de divergência entre a vontade real e a vontade declarada, que Darcy Bessone⁷⁹ aponta como um dos problemas da autonomia da vontade. Socorrendo-se da doutrina de Démogue, prefere como resposta ao questionamento uma solução intermediária: nem a teoria da vontade real⁸⁰, nem tampouco a teoria da vontade declarada deveria preponderar. Isso porque, se a vontade real seria aquela que se deve perseguir, já que é a origem da vontade, também seria a que possui caráter subjetivo de difícil verificação. Já no que concerne à vontade

nulo ou lhe negar efeito.” “Artigo 147. É anulável o ato jurídico: I. Por incapacidade relativa do agente (artigo 6); e II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (artigos 86 a 113).” “Artigo 1.079. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.”

⁷⁶ Apenas no Código Civil de 2002 se utilizou o vocábulo “negócio jurídico”.

⁷⁷ Desde que verificadas as questões de tipicidade contratual postas em lei.

⁷⁸ “Artigo 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.”

⁷⁹ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 28-31.

⁸⁰ Resumidamente, a teoria da vontade real, originada na França, estipula que a vontade possui a capacidade de produzir obrigações por sua força orgânica e, se declarada em desacordo com a vontade real, não é capaz de gerar obrigações. Já a teoria da vontade declarada, de origem germânica, estabelece que a vontade é formada por diversos momentos integrativos e sucessivos, sendo a declaração o último de tais momentos (do que Bessone discorda, pois entende que é apenas a revelação da vontade constituída internamente), dotada de capacidade de gerar e manter uma segurança para os contratantes (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 28-31).

declarada, se esta é aquela que expressa a vontade no plano material, também é a mesma que abstrai a vontade interna das partes.

Assim, de acordo com o autor, não fica a cargo dessa lógica o oferecimento da resposta para o embate. A solução de tal questionamento é de cunho eclético. Isso porque,

se, em regra, é de preferir-se a vontade real, casos há em que, por conveniências sociais de segurança nas relações jurídicas, a vontade declarada deve prevalecer, porque, sendo a declaração o meio normal de revelação da vontade interna, não devem os que nela confiarem sofrer prejuízo pela divergência entre uma e outra.
81

E completa: “em todas as oportunidades, porém, em que a vontade real for sacrificada em favor da declaração, a autonomia da vontade receberá novo golpe”⁸².

De todo modo, o poder da vontade individual que outorgava a seus titulares as prerrogativas de escolha do que contratar, com quem contratar e em que condições e termos contratar não sobreviveu intacto aos acontecimentos políticos e históricos do início do século XX responsáveis por colocar em xeque o Estado liberal. A expectativa popular por uma sociedade socialista, a necessidade de oferecimento de serviços basilares à população, o clamor por uma melhor divisão de renda, dentre outros fatores, ensejaram a intervenção do poder estatal na economia⁸³.

Tais fatores de repúdio ao individualismo deram fundamento à publicização do direito privado. Como já apontado no presente trabalho, diversas literaturas jurídicas apontaram tal momento como o fim do instituto contratual. A crise, opina-se aqui, deveria ser entendida sobre o conceito não de contrato, mas sim de autonomia da vontade. Tal prerrogativa foi substituída pelo conceito de autonomia privada. Esta seria identificada como um poder concedido aos indivíduos pelo Estado, sendo que em sua formação a ordem pública e o interesse da coletividade foram colocados em patamar superior ao interesse individual privado, além de ter havido imposição de limites e balizas para seu

⁸¹ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 31.

⁸² BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 31.

⁸³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: a autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

pleno exercício pelos particulares⁸⁴. Ainda, a autonomia privada implicaria a liberdade de decidir sobre a oportunidade e a conveniência da celebração de negócios jurídicos, inclusive o contrato⁸⁵. Paulo Salvador Frontini⁸⁶ assevera que a atividade negocial é exercida em decorrência da livre iniciativa e é consagrada pela Constituição Federal como o instrumento social de colimação dos fins pretendidos pela ordem econômica, devendo claramente tal liberdade ser exercida em função dos interesses da coletividade.

Como será visto mais adiante, a autonomia dos particulares não foi substituída nem foi por completo derogada, mas deixou de ser a fonte singular de direitos e obrigações. O que não se pode deixar de mencionar é que tal autonomia, bem como os outros princípios da sistemática contratual clássica abordados a seguir, passou a ser exercida somente em consonância com outros princípios de cunho socializante.

3.1.2 Supremacia da ordem pública

Como visto no decorrer do tópico anterior, o princípio da autonomia da vontade nunca foi tido como a possibilidade de o particular estabelecer relações contratuais acerca de tudo e quaisquer condições que fossem interessantes às partes sem nenhum tipo de limite ou censura de cunho jurídico e moral.

⁸⁴ Na atualidade fala-se da derrogação do conceito de autonomia privada e da manifestação do conceito de autodeterminação. Tal seria um poder, de cunho ontológico, juridicamente reconhecido e fundamentado no artigo 1º, III, da Constituição Federal (“Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”), útil do ponto de vista social, calcado na abertura do homem para o mundo e suas respectivas experiências e solicitações sensíveis ou não. Esse novo conceito é identificado na possibilidade de cada um gerir sua esfera de interesses da forma mais satisfatória a si próprio. Tal conceito englobaria o que se chamou de “autonomia privada”, além do reconhecimento do valor da personalidade humana e da sua dignidade (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: a autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 28).

⁸⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 34.

⁸⁶ FRONTINI, Paulo Salvador. A atividade negocial e seus pressupostos econômicos e políticos sobre os fundamentos constitucionais do direito comercial e a função social da livre iniciativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 255, n. 877/879, p. 99-103, 1976. p. 104.

O princípio aqui abordado é justamente esse limite imposto à autonomia da vontade dos particulares. Pactos contrários à legislação em vigor, aos bons costumes e às normas de caráter imperativo, ou seja, ao “*ius cogens* contratual”⁸⁷, serão nulos de pleno direito.

Citando Ferrara, Stammer e Regelsberger, San Tiago Dantas⁸⁸ divide as normas relativas ao direito dos contratos em duas categorias, quais sejam, as normas imperativas e as normas supletivas (também denominadas “declarativas”). As primeiras são responsáveis por estabelecer as necessidades de ordem pública e não podem ser pactuadas de forma diversa pelas partes. Já as segundas são de conteúdo disponível pelas partes, e sobre elas prevalece a autonomia da vontade das partes de contratarem de forma diversa.

As normas contratuais são divididas por Orlando Gomes⁸⁹ em leis coativas e em leis supletivas. Em relação às normas coativas, explica que podem ser subdivididas em imperativas, quando determinam certo comportamento, e proibitivas, quando o proíbem. Já no que concerne às leis supletivas, explica que são aquelas que completam a vontade do indivíduo e somente se tornam obrigatórias se não declaradas pelo contratante de modo diverso. Tais leis contratuais mencionadas refletem aquilo que o Estado pretende resguardar, especialmente para organização política e manutenção da infraestrutura ideológica. Orlando Gomes alerta sobre a dificuldade e até a impossibilidade de precisar tais conceitos, especialmente porque sua ampliação e sua restrição variam de acordo com o “pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por ideias morais, políticas, filosóficas e religiosas”⁹⁰.

Enzo Roppo⁹¹ ofereceu, em meados do século passado, definição sobre os conceitos de ordem pública e de bons costumes. Assumindo que muitas vezes as fronteiras entre um e outro não são claras, a ordem pública seria definida como o

complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por

⁸⁷ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 6.

⁸⁸ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 6-7.

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 24-26.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 26.

⁹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p.177-187.

isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica.

Para o referido autor, a ordem pública seria violada sempre que o contrato estipulasse ou tivesse como consequência qualquer tipo de ameaça ao ordenamento constitucional do Estado ou, então, oferecesse prejuízo para a organização e para o bom funcionamento da administração pública (estatal e não estatal) que preside a vida da coletividade.

Já os bons costumes define como “aquelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável”⁹².

Na opinião de Caio Mário da Silva Pereira⁹³, não há critérios rígidos para precisar o conceito de bons costumes e de ordem pública; muito pelo contrário, a delimitação de tais conceitos tem caráter flutuante.

De acordo com o autor, a doutrina mais aceita sobre o conceito de ordem pública é aquela que atribui a este as normas que a lei determinou como cânones basilares da estrutura social, política e econômica do país, tais como normas sobre: organização familiar; ordem de vocação hereditária; sucessão testamentária; organização política e administrativa do Estado; organização econômica; e direitos do trabalhador.

Já o conceito de bons costumes, de igual delimitação flutuante, se refere a condições de moralidade social, o que é variável a depender da época e de país. Como exemplo, pode-se citar a opinião corrente sobre respeito à pessoa humana e à liberdade de culto. O contrato, assim, “reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser consequentemente a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas estas frequências”⁹⁴.

⁹² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 177-187.

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 3. p. 11.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 3. p. 11.

Diante de tal dificuldade ou impossibilidade, Orlando Gomes⁹⁵, numa visão mais atual, refere-se à doutrina de Henri De Page ao estabelecer uma enumeração exemplificativa para classificar alguns dos preceitos da ordem pública. Seriam tais preceitos (a) leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos (especialmente liberdade de trabalho, de comércio e de indústria), (b) leis concernentes a princípios de responsabilidades, (c) leis sobre proteção especial ao operário, (d) leis sobre o estado e a capacidade das pessoas, (e) leis sobre o estado civil, (f) princípios básicos do direito hereditário, (g) leis sobre a composição do domínio público, (h) princípios fundamentais do direito de propriedade, (i) leis monetárias e (j) proibição do anatocismo.

Auxiliado da mesma doutrina de Henri De Page, Orlando Gomes⁹⁶ aponta como contratos contrários aos bons costumes aqueles (a) referentes à exploração de casas de tolerância, (b) relativos às relações de concubinato, (c) cujo objeto seja corretagem matrimonial, (d) acerca de jogo, (e) sobre venda e comércio de influência e (f) sobre usura no mútuo.

Mesmo com tais limitações ao livre exercício da autonomia privada, não foi possível frear o desenvolvimento de abusos contratuais por parte dos indivíduos, motivados pelos preceitos do liberalismo, motivo pelo qual ao exercício desse princípio foram adicionados outros limites de atuação dos particulares, como será visto mais adiante.

3.1.3 Princípio da força obrigatória dos contratos

De acordo com a teoria clássica e como visto anteriormente, se por um lado às partes é concedida a autonomia da vontade, isto é, plena liberdade para a negociação e para o estabelecimento de uma relação contratual, limitada pela supremacia da ordem pública, por outro é imposta a obrigação de cumprir com o pactuado. Se estipulado livremente e validamente o conteúdo contratual, ou seja, se definidos os direitos e as obrigações de cada parte de acordo com os pressupostos e os requisitos legais, o contrato deveria, então, nas

⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36.

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36.

palavras de Orlando Gomes⁹⁷, “ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.

Para acomodar tal equilíbrio, a teoria clássica foi buscar sua inspiração nos comentários de Ulpiano⁹⁸ consolidados no antigo diploma romano de Justiniano, o *Digesto*⁹⁹. O brocardo “*pacta sunt servanda*”, entendido como “o contrato faz lei entre as partes e deve ser cumprido e respeitado”, foi inspirado no comentário de Ulpiano “O que haverá de mais compatível com a crença humana do que os homens respeitarem aquilo que foi pactuado por eles?”¹⁰⁰ (tradução livre) e na expressão “Os contratos, em verdade, aceita, a lei proveniente das convenções”¹⁰¹ (tradução livre).

Assim, a amarração da autonomia da vontade foi dada pela força vinculante do pactuado, já que a intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar. Nas palavras de Orlando Gomes, o “*pacta sunt servanda*” representou para o comércio jurídico a “pedra angular da segurança”¹⁰².

Tal ditame da segurança contratual tem como foco o momento em que ocorrem os efeitos e as consequências do contrato. Isso porque, caso o ditame fosse contrariado, ensejava-se a execução patrimonial. Nas palavras de San Tiago Dantas¹⁰³, o princípio da força obrigatória dos contratos vinculado ao sistema de execução patrimonial conduz à necessidade de se converter em dinheiro a prestação devida e não cumprida, não apenas nos casos em que isso consistiria em uma obrigação de fazer (ou de não fazer) do devedor, como também no caso de a obrigação se tornar impraticável.

⁹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36.

⁹⁸ Vale mencionar que Ulpiano viveu de 170 a 228 a.C. e que suas formulações foram registradas no *Digesto*, que foi concebido quase quatro séculos mais tarde.

⁹⁹ O imperador Justiniano empenhou-se em consolidar o direito romano em uma só obra, denominada *Corpus Iuris*. Tal obra foi, posteriormente, dividida em quatro partes, dentre as quais o *Digesto*. Esse diploma legal era composto de 50 livros, tratando do direito público e do direito privado, cujos temas foram extraídos de mais de 2.000 obras jurídicas. BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*: com referência ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87.

¹⁰⁰ Original: “Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?”.

¹⁰¹ Original: “Contractus enim legem ex conventionione accipunt”.

¹⁰² GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36.

¹⁰³ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 7.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa¹⁰⁴, a consequência de tal princípio, conforme a concepção pura, é que, uma vez concluído o contrato, este permanecerá “incólume, imutável em suas disposições, intangível por vontade unilateral de um dos contratantes”. Tal irretratabilidade do acordo de vontades detinha a capacidade de impossibilitar a revisão pelo juiz, não importando a motivação de qualquer das partes, inclusive o prejuízo. Isso porque, se foram aceitas condições desvantajosas, foram também estipuladas de forma livre pelas partes, o que pode se tornar um impedimento para a revisão judicial¹⁰⁵.

Silvio Rodrigues¹⁰⁶ ensina que a força obrigatória do contrato é justificada no contexto do liberalismo pois as partes dispuseram livremente de sua liberdade de contratação, sendo, então imperativo que cumpram o prometido por elas próprias, mesmo que tal cumprimento acarrete a elas prejuízos. San Tiago Dantas¹⁰⁷ aponta como o único limite técnico da aplicação do *pacta sunt servanda*, à época, a regra de que a obrigação contratual se extinguiria caso a prestação pactuada se tornasse impossível em razão de ocorrência de algum caso fortuito ou motivo de força maior.

Entretanto, acontecimentos históricos no início do século XX¹⁰⁸ foram capazes de demonstrar a injustiça que se fazia pela aplicação absoluta do princípio no novo ambiente que se formava, dando ensejo a uma mudança de orientação consagrando a possibilidade de intervenção judicial nos contratos por meio da ideia de imprevisão, o que será visto mais adiante neste trabalho.

¹⁰⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 493.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-18.

¹⁰⁷ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 7.

¹⁰⁸ No início do século XX, em razão da I Guerra Mundial que se punha na Europa, diversos contratos se mostraram de cumprimento insustentável pois se tornaram excessivamente onerosos para uma das partes. Em vista de tal situação, que se mostrava comum, a França decidiu-se por promulgar a Lei Failliot, de 21 de maio de 1918, pela qual foi permitida a resolução de contratos de execução diferida celebrados anteriormente a 1º de agosto de 1914. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 37).

3.1.4 Princípio da relatividade dos efeitos

Diretamente relacionado com os princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e do *pacta sunt servanda*, já vistos, aborda-se aqui o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Silvio de Salvo Venosa¹⁰⁹ aponta, numa visão histórica do sistema romano-germânico — do qual derivou o sistema jurídico brasileiro —, que no antigo direito romano não era admitida a interferência de terceiros nas relações contratuais. O cunho individualista dos contratos celebrados em tal época e em tal jurisdição demonstrava que, se o contrato se originava da vontade das partes, somente em direção a elas os efeitos deveriam se irradiar e por isso mesmo tinha força obrigatória e vinculante.

No liberalismo houve também afinidade com tal princípio, por meio da aplicação da máxima “os atos dos contraentes não se aproveitam de terceiros nem os prejudicam” (tradução livre)¹¹⁰, de modo que o contrato interessava apenas às partes e não tinha capacidade de gerar benefícios ou prejuízos para terceiros que não figuravam como parte na avença.

Silvio de Salvo Venosa¹¹¹ demonstra, em sua obra sobre o Código Civil, a forma pura da aplicação do princípio aqui estudado. Partindo da noção técnica de terceiro como aquele que não participa do negócio jurídico, para quem a relação é absolutamente alheia, afirma que o contrato realmente não o pode prejudicar. Citando Jorge Mosset Iturraspe, Silvio de Salvo Venosa demonstra o aspecto *erga omnes* dos contratos, por serem absolutos e oponíveis contra terceiros, não podendo estes últimos desrespeitá-los, sob pena de indenização em caso de prejuízo.

Entretanto, não obstante o princípio em questão, se coloca aqui como arriscado entender que o contrato se conceberia sempre como um instrumento com efeito único entre as partes. Dificilmente o contrato se mostra como algo exclusivamente individual, pois está naturalmente inserido na sociedade da qual os contratantes fazem parte.

¹⁰⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 519-521.

¹¹⁰ Original: “res inter alios acta, aliis nec prodest nec nocet”.

¹¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 519-521.

Nesse sentido, o entendimento de Orlando Gomes¹¹² é esclarecedor. Diz que, para que o princípio aqui discutido seja compreensível, é essencial que se distinga os efeitos internos do contrato da sua existência em si. Os efeitos internos do contrato referem-se, limitam-se, reduzem-se e circunscrevem-se apenas aos contratantes. Entretanto, a existência do contrato, realmente, é um fato jurídico que não pode ser indiferente para terceiros, sendo a tais oponível. Dentre tais terceiros, ressalta o autor a noção de oponibilidade: primeiramente, há aqueles que são estranhos ao contrato mas participantes do interesse, como o mandatário; também há os que são interessados mas se encontram em posição incompatível com os efeitos do contrato e independente em relação a estes; e, por último, há aqueles que são normalmente indiferentes ao contrato mas que podem ser legitimados a reagir no momento em que sofrerem particular prejuízo dos efeitos do mesmo contrato.

Examinados os princípios formadores da base principiológica contratual clássica, no próximo item serão analisados os novos princípios contratuais chamados “sociais”, bem como o modo como influenciaram a leitura atual dos princípios clássicos e a intensidade com que o fizeram.

3.2 O REFREAMENTO DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS PELOS NOVOS PRINCÍPIOS SOCIAIS

O século XX foi senhor de diversos acontecimentos históricos em razão dos quais inúmeras transformações sociais ocorreram. Diante de transformações sociais tão profundas, não se pode ignorar as inerentes transformações nas relações travadas entre os indivíduos inseridos naquela sociedade, especialmente aquelas que têm como centro as transações contratuais.

Situações inesperadas advindas das guerras mundialmente travadas e das referentes crises econômicas não mais comportavam o entendimento de que as relações contratuais acordadas entre os indivíduos deveriam ser interpretadas em estrita observância aos princípios que permeavam o direito civil da época do liberalismo econômico e que foram

¹¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 43-44.

alinhavados no CC no início do século XX. O representativo brocardo “diz contratual, diz justo” foi, então, questionado de forma contumaz pela nova realidade que se formava.

A complexidade das relações travadas pediu auxílio a novos princípios e orientações contratuais que, ao menos, abrandassem os ditames rígidos do classicismo jurídico liberal. Como início da resposta no Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe à normativa nacional os ditames da dignidade da pessoa humana e do bem comum da coletividade, iniciando o novo sentido que o contrato teria a partir de então. Dispositivos constitucionais como o artigo 1º, III e IV, o artigo 3º, I, II e IV, e o artigo 170 e seguintes¹¹³ demonstram o sentido que se pretendeu dar às relações contratuais: que os interesses das partes contratantes devem alinhar-se com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Não mais o contrato poderá ser pensado sem considerar os interesses da coletividade, sendo imperativo “integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir [...] aqueles que prejudiquem a coletividade”, como assevera Antônio Junqueira de Azevedo¹¹⁴.

A resposta da legislação civil brasileira, apesar de demorada, também foi concebida em tal sentido. De acordo com José Manuel de Arruda Alvim Netto¹¹⁵:

[...] se o grande princípio que vigorou no século passado e que modelou os ordenamentos até a II Guerra Mundial era exatamente esse do princípio do *pacta sunt servanda*, consagrando um regime jurídico protetivo do princípio, há de reconhecer-se que ocorreu alguma minimização desse princípio no Código Civil de 2002.

Diante da insuficiência dos princípios clássicos para responder às questões que se punham, a nova base principiológica, composta especialmente pelos princípios da boa-fé,

¹¹³ “Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” “Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; [...]”

¹¹⁴ AZEVEDO. Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 141.

¹¹⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, p. 11 a 31, set. 2003. p. 24.

da função social e da justiça contratual, é investida de respaldo legal com a entrada em vigor do NCC, por meio do que se chamou — e se estudou — anteriormente de “dirigismo contratual”. Por meio de intervenção na legislação, o Estado se pôs a frear a autonomia da vontade contratual das partes.

Para Orlando Gomes¹¹⁶, o princípio da autonomia da vontade continuou intacto. O que ocorreu foi apenas mais um aperto em tal autonomia concedida aos indivíduos para estabelecerem os termos das suas relações contratuais, já que a tal limitação sempre existiu, em maior ou menor grau.

No mesmo sentido é o entendimento de Antônio Junqueira de Azevedo, que defende que os princípios anteriores não devem ser considerados abolidos em razão da chegada dos novos tempos, mas sim que a base principiológica foi aumentada por três novos princípios¹¹⁷. Silvio Rodrigues, por sua vez, entende que o quadro teórico formado pelos princípios da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos das convenções e da força vinculante dos contratos sofreu grandes modificações no decorrer do século passado. Os princípios mais atingidos seriam, na visão do autor, o da autonomia da vontade e o da obrigatoriedade das convenções.

Com tais considerações feitas, os três novos princípios contratuais, quais sejam, da boa-fé, da função social e da justiça contratual, passam a ser estudados a seguir. O objetivo aqui é estruturar uma base conceitual firme, que calce a teoria da onerosidade excessiva e possibilite que seja abordada com maior arcabouço técnico quando aplicada aos acordos de acionistas, isto é, a contratos cujas partes estão em posição convergente e com interesses paralelos mas em cuja relação é inserido um evento extraordinário e imprevisível capaz de alterar a situação da execução contratual, especialmente pelo fato de o acordo de acionistas se tratar de contrato de longa duração, naturalmente inserido em uma medida de risco implícito.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 45.

¹¹⁷ AZEVEDO. Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

3.2.1 Princípio da boa-fé

A origem do princípio que se inicia a estudar como norma contratual do direito moderno remonta a séculos atrás. Pode-se verificar registros legislativos da observância da boa-fé no *Digesto*. A máxima “Bona fides exigit ut quod convenit, fiat”¹¹⁸, ou seja, “o que a boa-fé^[119] exige que o que se convencionou fazer, se faça”, é atribuída a Iavolenus no Livro XIX do *Digesto* de Justiniano. Reconhecida como um dos princípios gerais do direito contratual moderno, a boa-fé, a partir do NCC, consolidou-se como fonte normativa do direito contratual brasileiro, integrando a legislação da matéria.

Na definição de Álvaro Villaça de Azevedo¹²⁰, a boa-fé poderia ser enquadrada como “um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança”, e toda contratação calcada nessa boa-fé é, em suas palavras, a essência do próprio entendimento entre os indivíduos, é a presença da ética nos contratos. Tal ética que deve ser observada nos contratos é justamente um dos pilares em que o NCC se sustenta, juntamente com a socialidade e a operabilidade. Como apontou Miguel Reale¹²¹, o princípio da boa-fé corresponde diretamente à finalidade ética que fundamentou o NCC. Como tal, o princípio mencionado teria como condão, e também como dever, direcionar a interpretação das normas atinentes à matéria contratual.

Orlando Gomes¹²² conceitua a boa-fé ao afirmar que o “literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível”, aproximando o conceito do princípio ora abordado da teoria da vontade real e afastando o princípio do formalismo contratual, que não mais encontrava alento nessa fase do direito contratual. Também, utilizando-se da legislação alemã sobre a matéria, assevera que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.

¹¹⁸ Digesto, IAVOLENUS, 19.2.21.

¹¹⁹ Bulgarelli adverte quanto à não correspondência exata entre o conceito de *bona fides* e o de boa-fé, mas reconhece ser esta um verdadeiro princípio no direito romano (BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 67).

¹²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 47-77. p. 53.

¹²¹ REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, ano 92, p. 11-19, fev. 2003. p. 12-13.

¹²² GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42-43.

Bem antes de a legislação nacional positivar o princípio da boa-fé no NCC, diversos outros ordenamentos jurídicos já tinham tal princípio como parte de suas legislações. Pelo fato de o sistema jurídico brasileiro ter tido, historicamente, como base o sistema romano-germânico, pode-se apontar como exemplos de normas sobre observância da boa-fé contratual de outras legislações o Código Civil italiano e o Código Civil alemão. O primeiro, publicado em 1942, em que muito o NCC se inspirou, estabelece em seus artigos 1.337, 1.366 e 1.375¹²³ que não apenas no contrato, mas também em suas tratativas iniciais e na sua execução, a boa-fé deve ser observada. Também no mesmo sentido andou o Código Civil alemão; o § 242¹²⁴ dispõe sobre a obrigação da observância da boa-fé e dos usos e dos costumes.

No Brasil, não obstante uma ou outra referência ao princípio — por exemplo, no revogado Código Comercial, em seu artigo 131¹²⁵ —, a boa-fé só veio a ser positivada de maneira firme no NCC. Apesar de sua ainda vindoura positivação, a boa-fé não deixou e nem poderia deixar de ser invocada como proposição jurídica com significado de norma de conduta¹²⁶. No projeto do NCC era frequente a referência ao conceito de boa-fé, ao contrário do que ocorreu no próprio NCC. Reconhece Miguel Reale¹²⁷ que o NCC foi demasiado parcimonioso em tal matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico. Os artigos 113, 187 e 422¹²⁸ desse último diploma referido acabaram por estabelecer a boa-fé como baliza central dos negócios jurídicos celebrados, seja de forma objetiva, seja de forma subjetiva.

¹²³ “Artigo 1337. Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.” “Artigo 1366. Interpretazione di buona fede. Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.” “Artigo 1375. Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.”

¹²⁴ “§ 242 Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” Tradução livre: “§ 242 Observância da boa-fé. O devedor está obrigado a executar a prestação de acordo com a boa-fé e em observância aos usos e aos costumes”.

¹²⁵ “Artigo 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.”

¹²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 33.

¹²⁷ REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, ano 92, p. 11-19, fev. 2003. p. 15.

¹²⁸ “Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.”

Nas disposições gerais do título acerca do negócio jurídico encontramos o artigo 113, que estabelece a baliza da interpretação de todo e qualquer negócio jurídico, qual seja, em conformidade com a boa-fé e os usos do lugar em que tal negócio foi celebrado, com clara semelhança aos dispositivos dos códigos estrangeiros mencionados.

Referência expressa à boa-fé também é encontrada no artigo 187 do NCC. Por tal dispositivo fica estabelecido que, mesmo que lícito o ato praticado por alguém, se exercido em desconformidade com a boa-fé ou com os bons costumes ou, ainda, extrapolando os limites do seu fim econômico social, o titular do direito exercido estará cometendo um ato eivado de ilicitude. Numa visão sistemática da lei, todo o processo do contrato está permeado pela obrigação de atendimento ao princípio da boa-fé disposto no artigo 187. Este, tanto pelo conteúdo da sua letra quanto pelo posicionamento no NCC no título sobre os atos lícitos, é capaz de irradiar a sua disposição para todo o processo de obrigação disposto tanto no NCC como em toda a legislação especial sobre a matéria.

Já o artigo 422 está inserido no NCC nas disposições gerais do título que disciplina os contratos. Por tal dispositivo, os princípios da boa-fé e da probidade são de observação obrigatória pelas partes contratantes na conclusão e na execução do contrato. Vale esclarecer que, a despeito de tal dispositivo legal não ser mencionado¹²⁹ nos momentos pré e pós-contratuais, as partes têm o dever de agir com boa-fé desde as tratativas iniciais, passando pelos momentos da formação, da execução, até a extinção do contrato, e também após essa última fase, mesmo que as obrigações das partes tenham sido cumpridas integralmente, conforme ensinamento de Rachel Sztajn¹³⁰.

Álvaro Villaça de Azevedo¹³¹, na mesma linha, assevera que, mesmo após a extinção do contrato, continuam a existir deveres que devem ser respeitados pelos contratantes — por exemplo, o dever de não divulgação de informações, o que, se

¹²⁹ “Enunciado 25 – Artigo. 422: O artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJP, 2007. p. 20.

¹³⁰ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004. p. 16.

¹³¹ 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: ALVIM, Arruda; ROSAS, Roberto; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-45. p. 35.

desrespeitado, pode causar graves prejuízos para a outra parte. O descumprimento de tais deveres éticos é atuação de má-fé, o que é sempre causa de reprovação do direito. Crítica é feita na literatura jurídica a respeito de tal dispositivo, especialmente sobre a insuficiência da letra do artigo 422 do NCC, já que lá está disposta a norma sobre dois momentos, na conclusão e na execução do contrato, e não por todo o período, inclusive antes e depois da sua execução, ao contrário do Código Civil italiano¹³².

Ainda, há de se apontar que, como o conteúdo dos artigos 113 e 187 rege de forma geral toda a disciplina dos contratos, mesmo que se considere a incompletude do artigo 422, esses outros dois artigos possuem a capacidade de suprir a necessidade da disposição. Qualquer das partes que abusar de seu direito nas obrigações pactuadas de modo a exceder o limite imposto pela boa-fé estará praticando um ato ilícito. De acordo com Darcy Bessone¹³³, há que considerar o abuso de direito no período pós-contratual, pois determinados contratos, mesmo que já extintos, deixam constituídas situações que não poderão ser desatendidas pelas partes, o que implicaria exercício anormal de seus direitos.

Tal discussão dá ensejo às duas concepções de boa-fé dispostas no Código Civil, quais sejam, a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. De forma sucinta, a boa-fé objetiva é aquela verificável, desde antes da celebração do negócio jurídico até após a sua execução, pela conformidade com os valores aceitos socialmente. Um exemplo de tais valores é o equilíbrio contratual, o qual será abordado mais à frente. A perseguição à boa-fé em caráter objetivo não se afinha ao estado psicológico do agente; o que importa são os fatos concretos, moldando-se como um padrão de conduta social. Nas palavras de Judith Martins-Costa, um *standart* jurídico¹³⁴.

A boa-fé em caráter subjetivo, por sua vez, de mais difícil aferição, pode ser definida como um estado de consciência do agente que diz respeito a seu convencimento, em foro íntimo, acerca da licitude ou da ilicitude do ato, bem como à existência ou não de

¹³² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 11-17, maio 2000. p. 13.

¹³³ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 316.

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 410-412.

qualquer impedimento ou acerca da correção das condutas a serem adotadas¹³⁵. Derivada da boa-fé objetiva, na opinião de Humberto Theodoro Junior¹³⁶, seria uma orientação ética para guiar a conduta dos contratantes afincada na intenção das partes.

Cabe esclarecer que os dispositivos legais referentes à boa-fé no direito civil são normas caracterizadas como cláusula geral¹³⁷. O NCC adotou em diversas situações o sistema de cláusulas gerais, as quais são compostas por conceitos indeterminados. O objetivo foi justamente garantir a flexibilidade de adaptação a diversas situações concretas e, por isso, conceder a tal sistema o caráter atemporal.

A tais cláusulas são atribuídas redações de caráter geral e amplo, o que permite um campo maior para a interpretação e a aplicação jurídica em casos concretos. Além disso, as cláusulas gerais, por não serem normas casuísticas e por denotarem o fim último pretendido pelo legislador, possuem o condão de se projetarem para todo o sistema jurídico, denotando o caráter de operabilidade, já mencionado no presente trabalho, que se pretendeu dar ao NCC. Mais uma vez, tem-se que o princípio da boa-fé é aplicável e deve ser seguido em todos os momentos atinentes a uma relação contratual, mesmo que as obrigações avençadas já tenham sido adimplidas¹³⁸.

Superada a discussão da aplicação da norma da boa-fé nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, passamos a verificar a sua aplicação nessas três fases. Na fase pré-contratual, ou seja, durante as tratativas e as negociações, a normativa da boa-fé vem para garantir a confiança e a lealdade das partes.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 410-412.

¹³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31.

¹³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. In: REIS, Selma Negrão dos (Coord.). *Questões de direito civil e o Novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. p. 46 a 75. p. 51.

¹³⁸ “Enunciado 26 – Artigo 422: A cláusula geral contida no artigo 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.” “Enunciado 27 – Artigo 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2007. p. 20.

Na segunda fase, de acordo com Judith Martins-Costa¹³⁹, a boa-fé se presta a três funções, quais sejam, (a) cânone-hermenêutico integrativo do contrato, (b) norma criadora de deveres jurídicos e (c) norma limitadora de direitos subjetivos. A primeira função é dotada de mais três outras funções relativas à revisão judicial; são elas (i) função *adjuvandi*, em que o juiz se utiliza do princípio geral da boa-fé na interpretação do contrato para encontrar a vontade real declarada das partes, (ii) função *suplendi*, pela qual o juiz realiza a integração do contrato, de acordo com a boa-fé, impondo deveres colaterais, e (iii) função *corrigendi*, em que, se necessário o juiz intervém de forma mais intensa no contrato de modo a garantir o equilíbrio das prestações em casos de má-fé, onerosidade excessiva ou outras circunstâncias em que tal intervenção seja autorizada. A segunda função, de norma criadora de deveres jurídicos, impõe a observância da boa-fé pelos contratantes em tal fase contratual. Já a terceira norma, a que limita os direitos subjetivos, impõe freio ao abuso de direito, de modo a não permitir a resolução abusiva do contrato.

Na terceira fase contratual, momento em que as obrigações pactuadas já foram adimplidas, a boa-fé ainda é exigida das partes. Isso porque, mesmo que a relação jurídica já tenha sido consumada, há ainda determinados deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva pelos quais os contratantes são responsáveis¹⁴⁰. A ideia central é que não se permita a uma das partes restringir a outra, de qualquer modo, quanto ao usufruto da prestação contratual efetuada. Tal situação de responsabilidade pós-contratual é denominada de “culpa *post pactum finitum*”.

Esclarecido tal ponto e retomando a ideia de cláusula geral dada à norma referente à boa-fé contratual, para fins do presente estudo, é importante discutir o objetivo da lei ao dar a abertura concernente à parte final do artigo 113 do NCC por meio da utilização da expressão “usos do lugar de sua celebração”. Seria intenção da lei estabelecer possibilidade de diversos padrões de boa-fé aceitáveis em cada tipo de relação? Caso realmente tenha sido essa a intenção, admite-se pontuar aqui que, num contrato firmado entre empresários que tenham igualdade material para a celebração do negócio, a boa-fé exigida esteja enquadrada em um padrão inferior àquele exigido de uma relação entre empresário e

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427-428.

¹⁴⁰ “Enunciado 24 – Artigo 422: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2007. p. 20.

consumidor, por exemplo. Ainda, aponta-se que o problema estudado no presente trabalho, ou seja, a questão da onerosidade excessiva no acordo de acionistas, pode surgir no momento em que falta a boa-fé na execução contratual por qualquer das partes. Não se pode olvidar que as partes em tal tipo de contrato estão em posição convergente, e não antagônica.

Em muitos aspectos intimamente relacionada com o princípio ora examinado neste item, passa-se a seguir a estudar a função social do contrato, que forma mais um pilar da estrutura principiológica contratual moderna.

3.2.2 Princípio da socialidade

O princípio da função social do contrato, que outorga a este o caráter de socialidade, veio como resposta ao individualismo característico do período liberal, servindo como freio e como limitante à autonomia da vontade e à liberdade contratual integrais. Não se pode deixar de lembrar que os contratos possuem papel de relevância na sociedade. Seja em âmbito nacional, seja em internacional, o contrato entre particulares não pode se concretizar como um meio de opressão dos mais fracos pelos mais fortes, considerando a sociedade em que está inserido. Deve se mostrar como um instrumento de preservação do espírito de fraternidade e da negociação sadia dos interesses das partes contratantes¹⁴¹, nos termos do artigo 187 do NCC, denotando uma coerente composição de valores.

Tais conceitos podem ser encontrados na Constituição Federal. De um dos lados da balança, colocam-se os preceitos de livre iniciativa¹⁴², liberdade e propriedade¹⁴³. Do outro

¹⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 47-77. p. 14.

¹⁴² “Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

¹⁴³ “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

lado, acostam-se as garantias da dignidade da pessoa humana¹⁴⁴ e a função social da propriedade¹⁴⁵. O equilíbrio de tal sopesagem é dado justamente pelas garantias à liberdade e à livre iniciativa conjuntamente com a tutela da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade¹⁴⁶.

Cabe apontar que o conceito trazido pela Constituição Federal abrangido pela expressão “função social da propriedade” é, nessa visão, colocado no diploma máximo de forma ampla o suficiente para abarcar, além da propriedade propriamente dita, os meios pelos quais tal propriedade é criada ou posta em circulação, dentre os quais o contrato. Antônio Junqueira de Azevedo¹⁴⁷ assegura que a função social do contrato está explicitada no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, citado anteriormente. Segundo o autor, o contrato deve refletir sempre um comportamento social adequado à coletividade em que está inserido, não deixando o diploma maior facultado ao instrumento contratual ter ou não como consequência prejuízos à sociedade.

Nesse diapasão, não se pode deixar de trazer o artigo 5º¹⁴⁸ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Tal artigo direciona a aplicação da lei pelo juiz para que seja atendida a função social a que determinado dispositivo legal se propôs e, também, para a observância do bem comum tendo em vista a coletividade.

Sendo assim, como meio confirmador das disposições constitucionais e da visão social em matéria civil, o artigo 421¹⁴⁹ do NCC aponta a função social do contrato no papel de limitante da liberdade de contratar das partes. Posta no primeiro artigo das disposições gerais do título dos contratos em geral, a função social vem confirmar o equilíbrio já apontado aqui. Posta também nas disposições finais e transitórias do NCC, especificamente

¹⁴⁴ “Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

¹⁴⁵ “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade.”

¹⁴⁶ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69-70.

¹⁴⁷ AZEVEDO. Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 142.

¹⁴⁸ “Artigo 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

¹⁴⁹ “Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

no artigo 2.035¹⁵⁰ e em seu parágrafo único, passa a imperar também sobre os negócios jurídicos firmados anteriormente à data de entrada em vigor do NCC, demonstrando mais uma vez o sentido do novo direito civil positivado.

Miguel Reale¹⁵¹, ao comentar de forma geral o NCC, não deixa de passar pelo caráter de socialidade dado ao contrato. Justifica que a inserção de tal princípio se fez imperativa na sociedade, haja vista a mudança de hábito de vida da população entre a publicação do CC no início do século XX e a publicação do NCC no início do século XXI. Naquela época 70% da população brasileira vivia no meio rural e no início do século XXI a mesma proporção era já urbana. Tais mudanças sociais também foram responsáveis pela então necessidade de se positivar a função social que o contrato deve exercer, ao arripio da antiga e não mais útil função de atendimento único e exclusivo dos interesses das partes contratantes.

Por mais um turno, lembra-se de que não se trata de exclusão do princípio da autonomia da vontade, mas sim de redução de sua aplicação. Tal entendimento foi consubstanciado no Enunciado n° 23 da Jornada de Direito Civil¹⁵², como transcrito abaixo:

23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Teresa Negreiros¹⁵³, a fim de confirmar a autonomia privada, porém limitada, sustenta que o manto principiológico dado à função social não se coloca em posição de antagonismo ao reconhecimento de que a função social deve ser compreendida de forma mais ampla, tendo por efeito a funcionalização das situações jurídicas, à ordem

¹⁵⁰ “Artigo 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

¹⁵¹ REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, ano 92, p. 11-19, fev. 2003. p. 14.

¹⁵² JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2007. p. 20.

¹⁵³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25 et seq.

constitucional. Também Humberto Theodoro Neto¹⁵⁴ aponta que, apesar de a ideia da legislação ser a harmonização, quando o caso for de conflito entre os princípios o social deverá prevalecer em detrimento do individual.

Do mesmo modo que a boa-fé, a função social disposta na legislação se traduz em uma cláusula geral, ou seja, capaz de garantir a mobilidade para aplicação — e interpretação — da disposição a diversas situações de fato. No mesmo sentido é o Enunciado n° 22¹⁵⁵ da Jornada de Direito Civil, pois, ao constituir-se como cláusula geral, a função social tem o poder de reforçar o princípio da conservação do contrato, de modo a garantir trocas úteis e justas. Também de forma operacional, refletindo-se sobre todo o sistema jurídico, o princípio da função social é aplicável e deve ser seguido em todos os momentos atinentes a uma relação contratual.

Isso porque tal princípio se põe como protetor dos direitos dos terceiros não submetidos à relação contratual que compõem a sociedade. Como forma de corroborar esse entendimento, o Enunciado n° 21¹⁵⁶ da Jornada de Direito Civil estabelece que o artigo 421, ora estudado, vem a impor a revisão do anterior princípio da relatividade dos efeitos dos contratos em relação a terceiros, de modo a proteger a tutela externa do crédito. Aqui se verifica a relevância dada aos terceiros não participantes do contrato. A estes fica permitido questionar, judicialmente, a contratação avençada pelas partes em caso de prejuízo que tenham de suportar. Verifica-se que, do mesmo modo que os terceiros não têm o poder de interferir na contratação de particulares, estes também não podem fazê-lo de modo a agredir direitos de terceiros.

¹⁵⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 2.

¹⁵⁵ “Enunciado 22 – Artigo 421: A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJP, 2007. p. 20.

¹⁵⁶ “Enunciado 21 – Artigo 421: A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJP, 2007. p. 20.

Humberto Theodoro Neto¹⁵⁷, ao verificar o contrato como um verdadeiro fato social, assevera sobre a oponibilidade do instrumento contratual contra terceiros, em contraposição ao derogado conceito individualista do contrato:

A ideia de oponibilidade deve ser tida como necessária a partir da tomada de conscientização do contrato como um dado social e não como mera expressão do individualismo. [...] o contrato não deve mais ser visto meramente como um instrumento para a relação de interesses próprios de um só indivíduo, mas deve sempre ser considerado como fato socialmente relevante.

Por último, não se pode esquecer de apontar a aplicação do princípio da função social do contrato nas hipóteses em que ocorre frustração da finalidade contratual. Sendo o contrato concebido e pactuado para atingir determinado fim, na situação em que tal fim é impossibilitado perdeu o instrumento sua finalidade social. Tal assertiva é encontrada no Enunciado 166¹⁵⁸ da jornada mencionada. O direito civil acolheu as situações de frustração do fim do contrato ao positivizar o princípio da sua função social no artigo 421. De forma clara, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo¹⁵⁹, o contrato que teve seu fim frustrado é um contrato inútil e, por isso, “deve ser resolvido por falta de função social”.

3.2.3 Princípio da justiça contratual

O princípio da justiça contratual possui origem em nada recente. Símbolo da justiça, a balança passou a ser o instrumento de mensuração oficial acerca do equilíbrio das prestações contratuais entabulado na Lei das XII Tábuas, concebida entre 451 a.C. e 449 a.C. Em tal época, as obrigações das partes contratantes deveriam ser pesadas numa balança em local público. O intuito era verificar a igualdade das prestações pactuadas, denotando a importância do princípio em questão desde essa época do equilíbrio das prestações.

¹⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 64.

¹⁵⁸ “Enunciado 166 – Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do artigo 421 do Código Civil.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJP, 2007. p. 82.

¹⁵⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 113-140, fev. 2005. p. 133 et seq.

Cerca de mil anos após a edição da referida lei tabular, foi promulgado o *Digesto* de Justiniano, em que o conceito de justiça estava diretamente relacionado com equidade e equilíbrio nas relações jurídicas firmadas entre as partes. Ulpiano, no livro I, título I, parágrafo I do *Digesto*, alude a Celso para definir direito e justiça: Ulpiano, livro I, Instituições. É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome “direito” (*ius*). Vem, pois, de “justiça” chamado. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo.¹⁶⁰

Não obstante a solidez da formação de tal princípio, na época do liberalismo econômico do século XX foi abandonado. A máxima atribuída a Alfred Fouillée “diz contratual, diz justo” passou a representar a lógica contratual daquele novo tempo. O contrato pactuado com claro desequilíbrio das prestações foi, antes de tudo, originado da vontade das partes, e, observada a ordem pública, deveria ser respeitado e cumprido pelas partes, pois somente a elas interessava. Como foi visto, tais assertivas não têm sustento no direito contratual atual, devendo limitar-se à função social que o contrato exerce na coletividade e resguardar a boa-fé em todos os seus momentos pré, durante e pós-contratuais.

Apesar de não ter espaço no direito contratual da época do liberalismo, aponta Fernando Noronha¹⁶¹ que a justiça contratual era, sim, objeto de preocupação dos juristas dos séculos XIX e XX. O fato de não haver nenhuma análise dedicada a esse estudo em tal época não representava negativa de que juristas, positivistas, filósofos do direito e legisladores atribuíam atenção ao tema. Não obstante a preocupação, não se podia negar que esses dois séculos foram o tempo em que se afirmava firmemente que a justiça era resultado necessário do “livre jogo da ‘autonomia da vontade’ e quem ‘diz contratual, diz justo’”.

Esse pensamento não mais encontrava seu espaço a partir da queda do individualismo liberal. A igualdade formal entre as partes não era mais bem-vinda na nova

¹⁶⁰ Original: “Ulpianus libro I. Institutionum. – Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi”. JUSTINIANO, *Digesto de Justiniano, liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

¹⁶¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 219.

teoria contratual social que se punha. O enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes em um contrato passou a não ser mais permitido, mesmo que o contrato tivesse derivado da vontade dos contratantes. Também ficou para trás a ideia de que apenas a identificação de vício da vontade era capaz de terminar o contrato. Do mesmo modo, não mais se admite que a ocorrência de caso fortuito, força maior e inadimplemento das obrigações contratuais eram as únicas hipóteses em que se permitia a resolução do contrato sem que fosse verificada, por ambos os contratantes, a intenção de terminar o contrato.

A justiça contratual tomou, então, juntamente com a boa-fé e com a função social do contrato, o palco do direito contratual. Na seara das relações contratuais, a concepção de justiça, que anteriormente se pautava nos ideais de autonomia e liberdade, sofreu importante alteração à luz do princípio do equilíbrio econômico, como explica Teresa Negreiros¹⁶². O lugar que era, antes, ocupado pela liberdade hoje é ocupado pelo valor social da paridade e do equilíbrio. Houve, de acordo com essa última autora, uma aproximação da ideia de justiça contratual à tradição filosófica (representada especialmente por Platão, Aristóteles, Sócrates, Agnes Heller, Chaim Perelman e Kelsen), em que a regra da justiça é tida como uma regra de distribuição paritária, proporcional e social.

Darcy Bessone¹⁶³ afirma que, “se a justiça é a igualdade de direitos, não pode haver justiça senão onde há equilíbrio entre os sujeitos de direito”. Citando Cosentini, expõe que a liberdade contratual não deve ser o princípio supremo do contrato, mas sim a justiça contratual, dada pela igualdade material entre as partes. Não haverá justiça nas situações em que a relação contratual se der entre sujeitos que tenham igualdade de direito mas não igualdade de fato.

De tal forma, o espaço ficou aberto para a igualdade substancial em lugar da igualdade formal já decaída. As relações deveriam ser dotadas do caráter de comutatividade. Álvaro Villaza de Azevedo¹⁶⁴ assevera que a comutatividade nos contratos é “princípio essencial do Direito”. Isso porque tal princípio exige a equivalência e o

¹⁶² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 166-167.

¹⁶³ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 34.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaza. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 47-77. p. 55-56.

equilíbrio das prestações, sendo fundamental para cada parte que se conheça desde o início do negócio os ganhos que serão auferidos e as perdas que serão incorridas de cada uma ou, então, os riscos a que estão se sujeitando.

Teresa Negreiros¹⁶⁵ esclarece como verificar a existência ou não de tal equilíbrio em um contrato. Primeiramente, deve-se atentar para o “programa contratual” quisto pelas partes. Tal “programa contratual” deverá ser o parâmetro para avaliação do conteúdo contratual e do resultado pretendido. Ainda, esclarece a autora que o princípio do equilíbrio econômico também é responsável por expressar a preocupação do direito contratual contemporâneo no que se refere ao contratante vulnerável, já que pode haver situações de disparidade de poder negocial entre eles. Ainda, a mesma autora afirma:

um contrato livremente pactuado pode ser, não obstante, um contrato injusto, e, nesta medida, pode ser revisto, modificado judicialmente ou mesmo integralmente rescindido: à ênfase na liberdade sucede a ênfase na paridade. Trata-se, pois, de uma transformação profunda no conceito de justiça contratual.

Acerca do conteúdo de tal assertiva, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁶⁶ pontua seu alerta, de grande importância para o presente estudo. O autor ressalva que essa afirmação não pode ser aceita sem ressalvas, pois traria grande perigo para a segurança e a certeza do contrato livremente celebrado; isso porque, se o objeto for lícito, se a forma jurídica for adequada e se a vontade da parte prejudicada tiver sido exercida sem erro substancial, dolo, coação, simulação, fraude, estado de perigo ou lesão, a intromissão judicial no contrato somente deveria ser autorizada por uma circunstância negativa ulterior e de previsão impossível. E defende que, se isso é verdade para o direito civil, muito mais o é para os contratos entre empresários.

O princípio da justiça contratual pode ser encontrado nos dispositivos da Constituição Federal nos artigos 170¹⁶⁷, na conjugação deste com o inciso XXXII do

¹⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 157.

¹⁶⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 48-49.

¹⁶⁷ “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII -

artigo 5º¹⁶⁸, 173, §3º¹⁶⁹. Também tal princípio permeia a intenção da legislação em matéria contratual. No NCC, o princípio da justiça contratual não se encontra expressamente disposto, mas foi elemento que permeou o intuito do legislador na matéria aqui estudada. Reale reconhece no princípio do equilíbrio das prestações o caráter de eticidade que se quis conferir ao NCC e, sobre o reconhecimento da possibilidade de resolução contratual em razão de eventos imprevisíveis que impliquem onerosidade excessiva para uma das partes, esclarece: “Tal reconhecimento vem estabelecer uma função social mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio de eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”¹⁷⁰.

Não obstante a não existência de artigo específico sobre o princípio da justiça contratual, tal como foi feito com os outros dois princípios da teoria contratual moderna já estudados, em diversos dispositivos do novo diploma civil é fácil verificar a justiça e a equidade como pano de fundo implícito da norma.

Como exemplo, pode-se mencionar o artigo 157¹⁷¹, sobre o instituto da lesão, bem como o artigo 156¹⁷², sobre o estado de perigo. Essas duas situações demonstram o desequilíbrio contratual existente no início da relação contratual que torna injusto o contratado. No caso da lesão, se o indivíduo, em caso de extrema necessidade ou mesmo por inexperiência, contrata qualquer prestação manifestamente desproporcional à prestação que receberá, a anulação do contrato poderá ser pedida em juízo. Em benefício da

busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

¹⁶⁸ “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

¹⁶⁹ “Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.”

¹⁷⁰ REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, ano 92, p. 11-19, fev. 2003. p. 12.

¹⁷¹ “Artigo 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

¹⁷² “Artigo 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.”

conservação do contrato¹⁷³, também é possível que a outra parte reduza a prestação acordada que se tornou desproporcional. Já o estado de perigo requer que o contratante seja pessoa física e que a outra parte conheça o dano que está sendo causado ao contratante. Assim, aquele que, em razão de grave perigo, assumir obrigação excessivamente onerosa para salvar a si próprio ou alguém de sua família poderá pedir anulação do contrato ou, então, a outra parte poderá reduzir a prestação excessiva¹⁷⁴. Esses dois artigos mostram o intuito da lei na manutenção do equilíbrio entre as partes contratantes.

Também é possível verificar tal intuito no artigo 317¹⁷⁵ do NCC, pelo qual poderá haver correção judicial a pedido da parte por conta de desproporção manifesta entre o valor efetivamente devido e o valor da execução do contrato causada por algo de previsão impossível.

No mesmo sentido de manter o equilíbrio das prestações, o artigo 413¹⁷⁶ do NCC, sobre a proporcionalidade da multa, estabelece que, considerando a natureza e a finalidade do negócio, a penalidade pactuada poderá ser reduzida pelo juiz caso a obrigação principal já tenha sido cumprida em parte ou se o montante de penalidade for excessivo.

Além dos dispositivos legais citados, o intuito da lei civil de manter a justiça contratual por meio da equivalência das prestações dos contratantes pode ser encontrado, de forma implícita, porém clara, em diversos outros artigos, tais como o artigo 567, sobre a locação, os artigos 616, 620 e 625, sobre o contrato de empreitada, e o artigo 770, sobre o seguro.

¹⁷³ “Enunciado 149 – Artigo 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do artigo 157 §2º, do Código Civil de 2002.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2007. p. 44.

¹⁷⁴ “Enunciado 148 – Artigo 156: Ao ‘estado de perigo’ (artigo 156) aplica-se, por analogia, o disposto no §2º do artigo 157.” JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2007. p. 44.

¹⁷⁵ “Artigo 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.”

¹⁷⁶ “Artigo 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

Por fim e de mais relevância para a finalidade do presente trabalho, os artigos 478 a 480¹⁷⁷, sobre a revisão e a resolução dos contratos em razão de onerosidade excessiva, asseguram a proteção do equilíbrio das prestações e a segurança dos contratantes quando verificadas alterações imprevisíveis nas circunstâncias que tornem o contrato excessivamente oneroso para uma das partes. Esse tema, objeto do presente estudo, será desenvolvido de forma profunda no capítulo seguinte.

Ainda, vale ressaltar as funções que a literatura jurídica identificou no princípio da equidade, já que esse é um dos fundamentos da teoria da imprevisão contratual que tiveram como base a justiça contratual. De acordo com Bonet, citado por Nelson Borges¹⁷⁸, a equidade possui três grandes funções, quais sejam, de *formar*, de *interpretar* e de *suprir* o direito. O caráter *formativo* pode ser verificado nas situações em que o juiz se põe a dimensionar as consequências de um ato concreto cuja obrigatoriedade se restrinja ao próprio caso em tela. Dessa forma, estará formando, por equidade, normas jurídicas úteis à vida social, independentemente das disposições legais.

O caráter *interpretativo*, por sua vez, ocorre nas situações em que se procura determinar qual foi a vontade do contratante ou do legislador ao se examinar uma lei ou um ato. Tal investigação se daria apenas por meio da simples indagação ou da procura das causas, isto é, simplesmente buscando conhecer a motivação do fato concreto ou do ato da vontade, sem que haja substituição do legislador ou do contratante. Considerando que no sistema jurídico brasileiro ainda se aplica *iure constituendo*, pode-se dizer que é na função interpretativa que a equidade atua de forma mais ampla, especialmente no que se refere à teoria da imprevisão.

Já o caráter *supletivo* será verificado quando a lei não dispuser sobre determinada situação e o juiz decidir com base em um preceito legal que se busca mas não se encontra.

¹⁷⁷ “Seção IV - Da Resolução por Onerosidade Excessiva. Artigo 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. Artigo 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Artigo 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.”

¹⁷⁸ BONET, Francisco Ramón, Equidad em los ordenamientos jurídicos privados. *Revista de Derecho de la Universidad de Madrid IV*. Madri, 1957, p. 291 apud BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*: com referência ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 271-273.

Desse modo, com base na equidade, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência formar a norma jurídica inexistente¹⁷⁹. Entretanto, não se pode deixar de mencionar que, apesar do seu valor principiológico, a equidade não dá permissão ao juiz para que este substitua a lei positivada por seu critério e seu sentimento próprios de justiça. Tal assertiva já foi objeto de decisão de ambos os tribunais superiores: Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁸⁰ e Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁸¹.

Ainda sobre o tema, é importante trazer o entendimento de Miguel Reale¹⁸² de que a aplicação rigorosa do texto legal às situações trazidas ao juiz é capaz de gerar situações de grave injustiça. Lembrando da expressão jurídica romana “o direito aplicado com extremo rigor pode ser muito injusto”¹⁸³ (tradução livre), alerta que o texto legal deve ser abrandado por meio da equidade para que a justiça seja trazida às especificidades do caso concreto.

Desse modo, o princípio da justiça contratual, de origens remotas e aplicação atual, forma, juntamente com a função social atribuída ao contrato e ao comportamento de boa-fé dos contratantes, a base principiológica em que se assenta não apenas a teoria contratual contemporânea, mas também o fundamento da onerosidade excessiva, de grande relevância para o presente trabalho, em razão de fato superveniente de caráter imprevisível e extraordinário.

Por fim, vale apontar que tal sistemática principiológica está centrada no conceito de equilíbrio contratual. Tal conceito está posicionado de maneira central entre as

¹⁷⁹ Vale lembrar que a literatura jurídica não é pacífica quanto à aceitação dessas três funções da equidade. Para mais, consultar DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. tomo 1. p. 125-127.

¹⁸⁰ “Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de Direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério.” Mandado de Segurança nº 218.624-1, TP, j. 02.08.1988, rel. Juiz Fraga Teixeira in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 634, ano 77, ago. 1988, p. 123 a 125.

¹⁸¹ “A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.” Recurso Especial nº 299, Rio de Janeiro, 4ª turma, j. 28.08.1989, relator Min. Sálvio de Figueiredo – dju 02.10.1989 in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 656, ano 79, jun. 1990, p. 188 a 193.

¹⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 301.

¹⁸³ Original: “summum ius, summa iniuria”.

prestações convencionadas no contrato. Laurence Fin-Langer¹⁸⁴, em trabalho atual sobre o tema do equilíbrio contratual, afirma que a visão, calcada no dogma da autonomia da vontade, de que o consentimento das partes é o elemento central do contrato precisa se completada pela noção de equilíbrio contratual. Esta tem caráter duplo no que se refere ao conteúdo contratual, isto é, refere-se tanto (a) a um ponto de vista estático, ou seja, uma composição harmoniosa do conteúdo contratual, caracterizada pela diversidade, quanto (b) a um ponto de vista dinâmico, ou seja, a posição de relativa estabilidade do conteúdo contratual, caracterizada pela sua fragilidade. Lembra Laurence Fin-Langer que tais visões não são, de forma alguma, opostas, mas sim complementares, pois a posição de relativa estabilidade representa a adaptação necessária da composição harmoniosa do conteúdo contratual em caso de alteração do ambiente em que o contrato está inserido. A ocorrência de evento superveniente de caráter extraordinário e imprevisível que impacte diretamente na noção dinâmica do contrato ataca a composição do conteúdo contratual, que deixa de ser harmoniosa, desestabilizando o conteúdo correspondente.

¹⁸⁴ FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: L.G.D.J. (Thèses Bibliothèque de droit privé, v. 366). p. 569-572.

4 O TRATAMENTO ATRIBUÍDO AOS CONTRATOS NO NCC – UNIFICAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

De grande importância é o tratamento atribuído pelo NCC aos contratos. Isso porque, após a unificação do direito das obrigações, determinados princípios formados e desenvolvidos no âmbito de um direito especial — a saber, o direito comercial — se espalharam para o restante do ordenamento jurídico.

De acordo com Tullio Ascarelli¹⁸⁵, o surgimento do direito comercial e o desenvolvimento de suas normas ocorreram em oposição às normas do direito comum, por estas não mais satisfazerem as necessidades fáticas peculiares dos comerciantes. As normas do direito comercial encontram a sua fonte justamente na vontade das partes, de modo que no início do seu desenvolvimento se apresentaram em função de um elemento subjetivo, que era justamente o indivíduo que praticaria o ato de comércio.

Entretanto, com a natural evolução do direito comercial as normas típicas desse sistema passaram a ser aplicáveis em função do ato praticado, e não mais em razão do indivíduo que o praticava e, depois disso, não mais em relação ao ato isolado, mas sim à atividade comercial. Ascarelli¹⁸⁶ define que o chamado “direito comercial” é compreendido como “um sistema de normas coligadas”, cuja origem deu-se em um momento historicamente determinado em razão de e em relação a exigências peculiares, e não em razão de uma distinção de natureza meramente lógica (e, portanto, eterna). Assim, o direito comercial é uma categoria “*histórica, e não ontológica*”. Isso ocorre, segundo o autor, em razão de um processo de evolução dos atos de comércio praticados, com novas necessidades de salvaguardar determinados interesses próprios da atividade e regular determinadas peculiaridades. Como exemplo, pode-se mencionar o risco próprio do negócio, a existência de segurança, a liberdade contratual, a garantia do crédito, a racionalização e a tendência ao anonimato como características presentes no cerne do surgimento de tal direito autônomo.

¹⁸⁵ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 2-45, set./out. 1953. p. 21-25.

¹⁸⁶ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 2-45, set./out. 1953. p. 21.

Com a unificação, avalia Ascarelli¹⁸⁷, houve a superação da especialidade do direito comercial. Os atos já não eram mais diferenciáveis entre atos de comércio e atos de outra espécie, inclusive no que se referia às suas características objetivas ou à qualificação do sujeito que praticava o ato. Entretanto, pontua Ascarelli¹⁸⁸, a unificação teve seu alcance e seu limite determinados, especialmente, pelo pressuposto da falta de uma diversidade de exigências nos setores da economia e de subsistência dessa diversidade em relação à disciplina subjetiva e à execução, principalmente em razão da importância do crédito para os empresários.

Assim, a função do direito comercial foi a elaboração de novas instituições jurídicas, estejam elas em legislações em vigor disciplinadas pelo direito comercial ou pelo direito civil. Tais instituições conquistaram um valor geral e isso seria, segundo o autor¹⁸⁹, justamente a função de um direito especial. Isto é, a elaboração de um campo particular de princípios e instituições que, depois de adquirir valor geral, sofre o término da diferenciação entre o direito comum e o especial, havendo, naturalmente, a recomposição da ordem jurídica em uma unidade, até o momento em que novas exigências trouxerem novas necessidades que, a seu turno, poderão causar nova ruptura e iniciar o referido processo novamente.

Ascarelli¹⁹⁰ naquela época considerava escassas e superáveis as diferenças entre a disciplina jurídica dos contratos comerciais e a dos contratos civis, além julgar possível a unificação do direito das obrigações de forma coerente com a unificação jurisdicional e com o superamento da divergência de características no sistema econômico, justamente de onde o direito comercial havia tomado suas origens.

Tal processo histórico foi responsável não só pela generalização dos princípios do direito comercial, mas, sobretudo, pela posição que ocupam atualmente no ordenamento jurídico, de formadores da base do direito unificado das obrigações. Lembra Paula

¹⁸⁷ ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. Tradução de Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 37 (nova série), n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999. p. 248-249.

¹⁸⁸ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 2-45, set./out. 1953. p. 43.

¹⁸⁹ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 2-45, set./out. 1953. p. 43.

¹⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 2-45, set./out. 1953. p. 43.

Forgioni¹⁹¹, citando o exemplo do princípio da boa-fé, já estudado neste trabalho, que o NCC abarcou diversos princípios como medida de correção de dogmas liberais, de forma a positivar no NCC certas tendências que há tempos já eram esboçadas pela doutrina e pela jurisprudência no âmbito comercial.

Em seu estudo crítico sobre a interpretação dos negócios empresariais antes e após a entrada em vigor do NCC, Paula Forgioni¹⁹² identifica que o tratamento dispensado pelo NCC aos contratos obriga o direito comercial a “trilhar no campo dos contratos comerciais”, de forma que os comercialistas e os empresários ficaram com uma peculiar função, qual seja, o esforço de fazer com que as mais diversas formas de negócios mercantis praticadas atualmente, cada qual com seus aspectos técnicos específicos, “entrassem” nos largos conceitos das obrigações, cuja linguagem, observa, é repleta de noções abertas.

Não obstante a unificação do direito das obrigações, os contratos empresariais obedecem a uma lógica diversa daqueles civis, que influencia sua interpretação. Cesare Vivante¹⁹³, após defender em sua comentada aula inaugural da Faculdade de Direito de Bolonha, em 1892, a tese da unificação do direito das obrigações, conclui pela tese justamente contrária. De acordo com o referido autor, a unificação do direito das obrigações não seria adequada, pois o direito comercial, além de decorrer do comércio em si e regular os negócios de massa que originariam os institutos típicos do direito comercial, revela, ainda, uma metodologia de aplicação bastante diversa, para não dizer inversa, da metodologia concernente ao direito civil. Enquanto este último toma como ponto de partida a premissa geral e caminha para a conclusão individual fática, o direito comercial analisa se a regra seria aplicável a depender dos fatos.

Ao estudar determinados aspectos fundamentais relativos à interpretação dos negócios comerciais antes e após o NCC (a saber, a boa-fé, os usos e os costumes, a intenção das partes e a vontade objetiva, a interpretação a favor do devedor, a função social

¹⁹¹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003. p. 8.

¹⁹² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003.

¹⁹³ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Vallardi, 1934. v. 1.

do contrato, a lesão e a tendência de proteção à parte mais fraca e a supressão das regras de interpretação), Paula Forgioni conclui que o NCC falhou em não guardar o valioso entendimento de que existe uma racionalidade por trás de um negócios jurídico celebrado pelas partes a fim de atingir determinado objetivo e função econômica, de forma que a interpretação dos negócios comerciais restou prejudicada pelo NCC.

Moreira Alves¹⁹⁴, em seu artigo dedicado ao tema da unificação do direito privado no Brasil, dá a notícia sobre a proposta de Teixeira de Freitas concernente à unificação do direito civil e do direito mercantil no código civil cujo projeto foi contratado para elaborar em 1859. Mesmo tal projeto não tendo sido aceito pelo governo na época, outras vozes, como Silva Costa (1888) e Coelho Rodrigues (1890), lutaram pela unificação do direito privado no Brasil. O mesmo autor destaca que no NCC a unificação formal ou legislativa do direito privado deu-se de forma parcial, nos termos que continuam válidos.

Para Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁹⁵, mesmo com a unificação apresentada após o advento do NCC, o direito comercial manteve sua autonomia substancial, chamando tal tema de uma “não questão”. O autor realiza investigação sobre a possível identificação de uma teoria geral dos contratos mercantis e seus respectivos efeitos jurídicos dentro da teoria geral dos contratos, a fim de verificar uma possível existência da especialização do direito comercial. Para o referido autor, o NCC é uma “verdadeira *camisa-de-força*”¹⁹⁶ para os movimentos do mundo empresarial. Isso porque o tratamento dado pelo NCC à teoria geral dos contratos é, para o direito comercial, uma fonte de entraves e limites, os quais atingem negativamente a força criadora de novos institutos e contratos atípicos pelos empresários, o que é próprio da história do direito comercial.

A fim de compreender as peculiaridades e o funcionamento dessa categoria autônoma que são os negócios jurídicos no âmbito empresarial, bem como entender o

¹⁹⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro: de Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 363-385. p. 369-381.

¹⁹⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 13, 345-348.

¹⁹⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 13, 345-348.

impacto causado por tais negócios na dinâmica do mercado, Paula Forgioni¹⁹⁷ verifica a necessidade de identificar os traços distintivos que imprimem a sua mecânica em comum, ou seja, o mesmo modelo de funcionamento próprio ao sistema do direito comercial. Dentre tais tipos distintivos profundamente analisados pela autora, podemos citar o escopo de lucro, a função econômica, a alocação de custos de transação, os contratos nascidos da prática dos comerciantes, a racionalidade limitada, a alocação de riscos, a segurança e a previsibilidade, a incompletude dos contratos, o *pacta sunt servanda* e a limitação à autonomia privada, a tutela do crédito, a possibilidade da jogada equivocada, a boa-fé, os usos e os costumes, a disponibilidade de informações e os oportunismos.

Dessa forma, a unificação do direito das obrigações no NCC trouxe determinados desafios para a interpretação dos negócios empresariais, que ficaram em boa dose sem tutela. Ainda se mostra atual tal discussão. Em entrevista concedida sobre o projeto de um novo código comercial, Paula Forgioni¹⁹⁸ destaca as peculiaridades e a lógica próprias de tal direito especial, bem como atenta para o fato de que os vetores de funcionamento do direito comercial não podem mais ser vistos com o viés excessivamente privatista como no século XIX e no início do século XX. Isso porque a matéria referente ao direito comercial versa sobre formação de políticas públicas, formatação de mercado, relações econômicas, geração de riquezas e desenvolvimento nacional. Relevante também é questionar o que no NCC acaba sendo aproveitado para interpretação dos negócios empresariais. Paula Forgioni¹⁹⁹ menciona que, do novo diploma brasileiro, dos dispositivos que podem influenciar a interpretação dos negócios empresariais, destacam-se os artigos 112, 113, 114, 157, 421, 422, 423 e 424²⁰⁰.

¹⁹⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55-151.

¹⁹⁸ NOVO Código Comercial pode trazer mais problemas que soluções, afirma Paula Forgioni. *Migalhas*, 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189402,51045-Novo+Codigo+Comercial+pode+trazer+mais+problemas+que+solucoes+afirma>>. Acesso em: 31 out. 2013.

¹⁹⁹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 235-236.

²⁰⁰ “Artigo 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Artigo 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.” “Artigo 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” “Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos

Com vistas a introduzir o tema do acordo de acionistas, necessária se faz a contextualização de tal contrato na discussão atinente a esse tópico. Como será analisado de forma mais profunda à frente, pode-se apontar que o acordo de acionistas se situa entre um contrato civil e um contrato empresarial, já que, por um lado, é um contrato regulado pelo direito comum, em sua essência, e, por outro, tem como partes acionistas de uma companhia mas não se confunde com o estatuto que rege a vida societária da companhia, sendo, então, um contrato de cunho parassocial. É um instrumento capaz de gerar direitos e obrigações que são regulados substancialmente pelo direito comum, mas cujos efeitos jurídicos, apesar de tal fato, referem-se à participação acionária em determinada companhia, em seus vários possíveis desdobramentos, de acordo com Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro²⁰¹. Além disso, lembra Fabio Konder Comparato²⁰² que o acordo de acionistas possui sua validade calcada nas normas do direito comum a par das regras atinentes ao direito societário. Ainda, como o acordo de acionistas é um contrato de natureza privada, encontra sua posição subordinada aos princípios e aos preceitos do direito civil e do direito comercial²⁰³.

contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

²⁰¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 305.

²⁰² COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do artigo 118 da Lei das S.A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, p. 32-38, set. 1979. p. 34.

²⁰³ WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36 (Nova Série), n. 110, p. 7-15, abr./jun. 1998. p. 10-11.

5 ONEROSIDADE EXCESSIVA

5.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

Primeiramente, é de fundamental importância conhecer a origem e a evolução do preceito que ora se estuda. Por meio dos antecedentes históricos pretende-se conhecer a origem, as ideias e a evolução de tal instituto jurídico e entender de forma mais aprofundada e técnica os reflexos deste para as finalidades a que se propõe o presente trabalho.

As primeiras letras da normatização escrita do direito de que se teve notícia na história datam de 2050 a.C. e foram denominadas Código de Ur-Namu. Tal normatização foi sucedida pelo Código da Babilama, datado de 1900 a.C. e pelo Código de Lipit-Ishtar, datado de 1840 a.C.

Não obstante a existência de tais codificações, o nascedouro jurídico da teoria da onerosidade excessiva remete ao Código de Hamurabi, datado de 1690 a.C.²⁰⁴. Tal codificação foi concebida por 282 artigos, além de preâmbulo e epílogo, que se assemelhavam mais a ementas de julgamentos do que à forma de artigo de lei que se conhece atualmente. Foi o código uma compilação do direito público e privado da época, contendo matérias de ordem processual, penal, administrativa, civil e comercial²⁰⁵.

Em tal código, que foi a primeira normatização escrita (em caráter rupestre) sobre o tema, os critérios de imprevisão eram advindos basicamente das hipóteses em que se configuravam caso fortuito ou força maior, tais como circunstâncias da natureza concretizadas após a celebração do contrato. O item 48²⁰⁶ de tal legislação estipulava a mais antiga previsão legal de que se tem notícia sobre revisão contratual em razão de

²⁰⁴ A literatura jurídica a respeito da data do Código de Hamurabi não é pacífica. Enquanto autores como J. M. Othon Sidou entendem como 2700 a.C., outros, como Valladolid, constatarem como 1200 a.C. No presente estudo adotou-se a data de 1690 a.C., com base nas pesquisas de Henrique Stodieck.

²⁰⁵ VALLADÃO, Haroldo. *História do direito, especialmente do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p.11.

²⁰⁶ “Item 48º - Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o seu campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.”

circunstâncias imprevisíveis que tornassem a prestação pactuada excessivamente onerosa para uma das partes.

Como já evidenciado no presente trabalho, a regra geral do *pacta sunt servanda* proveniente das formulações de Ulpiano registradas no *Digesto* foram posteriores à formulação do Código de Hamurabi sobre a exceção, em que se permitiria não cumprir o pactuado. De tal constatação, pode ser inferido o fato de que, para a sociedade contemporânea ao Código de Hamurabi, a regra implícita era a de cumprimento do pactuado, senão não haveria sentido em prever tal exceção.

Ainda, em outras referências anteriores ao *Digesto*, é possível encontrar valiosas formulações que deram origem à cláusula que defende a permanência das coisas no estado em que foram criadas. Uma delas é atribuída a Cícero, que estabeleceu que a alteração do tempo e das circunstâncias que as tornem em caráter oposto leva à alteração da verdade²⁰⁷. Também formulação de Sêneca na sua obra *De beneficiis*²⁰⁸ e de Políbio na sua obra *Historiae*²⁰⁹ podem ser mencionadas como as primeiras em que a ideia de revisão do pactuado em função da alteração das circunstâncias aparece registrada na história jurídica.

Foi no *Digesto* de Justiniano que Neratius, Africanus e Paulo tiveram suas formulações registradas no sentido da importância da manutenção do estado das coisas para o cumprimento dos contratos. Apesar de a semente da cláusula denominada “*rebus sic stantibus*” ter sido concebida em tal época e de ter grande relevância para os estudos da teoria da imprevisão, era, na época, preocupação mais filosófica do que prática. Isso porque o direito romano era um sistema jurídico de caráter individualista, formalista e absolutista²¹⁰.

A regra geral do cumprimento do contrato era firme, e qualquer tipo de relativização do princípio do *pacta sunt servanda* dificilmente era aceita diante do

²⁰⁷ Marcus Tullius Cícero, *De Officiis*, I, 1, 10, 3 apud MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Editora Saraiva, v. 15, n. 235, p. 30-31, 1978.

²⁰⁸ SÊNECA, *De Beneficiis*, 4, 35, 2 apud MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Editora Saraiva, v. 15, n. 235, p. 32, 1978.

²⁰⁹ POLYBIOS apud MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Editora Saraiva, v. 15, n. 235, p. 33, 1978.

²¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula “*rebus sic stantibus*”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, ano 39, fascículo 472, p. 798-812, out. 1942. p. 798.

formalismo estrutural daquele sistema, mesmo que o cumprimento ocasionasse excessiva onerosidade para uma das partes. Vale destacar que diversas pesquisas nacionais e internacionais de diferentes juristas mostram que não há evidência histórica que confirme a utilização da cláusula *rebus sic stantibus* de forma sistemática entre o início dos anos d.C. e a Idade Média²¹¹.

Não se pode deixar de mencionar a importância atribuída ao desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus* pelo direito canônico, que tomou contorno definido na Idade Média. Adeptos de uma teoria da regra moral, na qual conceitos como justiça social tinham lugar de relevância, os canonistas pregavam valores de equidade e proporcionalidade contratual, de modo a acolher as bases da cláusula mencionada. Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e Graciano são os nomes que merecem destaque.

O Sermão nº 33²¹² pregado por Santo Agostinho merece comentário, pois estipulava justamente a situação em que a parte se encontrava impossibilitada de cumprir sua promessa em razão da ocorrência de algo de maior importância. Santo Tomás de Aquino também foi responsável pelo desenvolvimento da cláusula, fazendo-o por meio da diferenciação entre os conceitos morais de mentira e infidelidade contratual. Não obstante o mérito de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino, foi Graciano que levou a regra do direito moral para o direito jurídico positivo por meio de decreto no século XII.

No período compreendido entre o final do século XIII e o século XV, os chamados “pós-glosadores” tomaram os estudos do direito para si. A grande contribuição de tal escola foi dada por Bártolo, responsável pela célebre frase que deu origem e nome à cláusula *rebus sic stantibus*, qual seja, “nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente

²¹¹ Dentre os quais: FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Editora Saraiva, v. 15, n. 235, 1978.

²¹² Tradução livre: “Sermão nº 33. Quando ocorre alguma coisa de maior importância que me impeça a execução fiel da minha promessa, eu não quero mentir, mas apenas não posso cumprir o que prometi. Eis, então, o que penso, sem argumentação forçada para persuadir-vos, porém aguicei a atenção de vossa prudência para a circunstância de que não mente aquele que promete alguma coisa e não a faz se, para isso não executar, algo sucedeu que impediu o cumprimento da promessa, ao contrário da falsidade convincente”.

ao tempo da estipulação” (tradução livre)²¹³. Tal cláusula estabelece que todos aqueles contratos que dependam de prestações futuras incluem cláusula tácita de resolução para o caso de as condições vigentes se alterarem profundamente. Esse é o núcleo da cláusula *rebus sic stantibus*, que originou as teorias de modificação de contratos em razão da ocorrência de fatos não previsíveis. Essa ideia central da cláusula era baseada no princípio da equidade das prestações, de raízes antigas. Se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação pactuada para uma das partes, de modo que houvesse profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria claramente injusto manter a convenção, pois haveria o indevido enriquecimento de uma das partes com a injustificada ruína da outra parte da avença²¹⁴.

O que historicamente consta é que, não obstante tal relevante contribuição para o direito no que se refere a tal matéria, a aplicação de tal cláusula se deu de forma desordenada e geral, de modo que atingiu todos os atos jurídicos fundados na vontade, não apenas os contratos que deveriam ser entendidos *rebus sic stantibus*²¹⁵.

As rédeas para aplicação da cláusula foram trazidas no século XVI pelos humanistas. O maior destaque de tal escola foi Alciato (1492-1550). Tal professor foi responsável pelo estabelecimento de determinados critérios para aplicação da *rebus sic stantibus*, dividindo a aplicação nos contratos unilaterais e nos contratos bilaterais. Para os primeiros, a parte que se obrigou estaria facultada a mudar sua promessa a qualquer tempo. Já para os segundos, a cláusula *rebus sic stantibus* toma a matriz do raciocínio da revisão contratual, pois a parte somente estaria facultada a mudar sua promessa se as circunstâncias fossem outras que não aquelas quando da conclusão do contrato — e, se fossem, na conclusão do contrato, essas tais circunstâncias diferenciadas, a parte não teria contratado²¹⁶.

²¹³ Original: “Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”.

²¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 20-21.

²¹⁵ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 15.

²¹⁶ MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. 1959. xxx f. Tese de Cátedra, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1959.

O jusnaturalismo, escola do direito natural baseada no direito inerente à natureza do homem e na razão humana, também merece destaque no desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus*. A principal contribuição de tal escola foi a maior restrição da aplicação. Samuel Puffendorf (1632-1694) estabeleceu o caráter de exceção da cláusula. Henrique Cocceio aceitava a aplicação da cláusula apenas nas situações referidas na lei ou mesmo no contrato. J. H. Ebehard entendia, por sua vez, que cada contrato se apoiava em uma base temporal e circunstancial e que o contrato só era condicionado a tais circunstâncias se fossem pressupostas pelas partes contratantes²¹⁷.

A atual figura da onerosidade excessiva também recebeu influências consideráveis do direito português, tanto na Idade Média quanto na Idade Moderna. As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (que vigoraram no Brasil de 1603 a 1917) faziam referência à cláusula *rebus sic stantibus* em seus textos. Também na Idade Moderna o Código Civil da Bavária, ou Code Maximilianus Bavarius Civiles (datado de 1756), o Código Civil da Prússia (datado de 1774) e o Código Civil da Áustria (datado de 1811) estabeleceram a possibilidade de revisão contratual em razão de alteração das circunstâncias da época da conclusão do contrato que fizessem com que o cumprimento da promessa fosse excessivamente oneroso pela parte.

Não obstante o paulatino desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus* por diversos ordenamentos jurídicos, o liberalismo tomou o cenário econômico, portanto contratual, após o século XVII até meados do século XIX, irradiando suas influências até o início do século XX no Brasil, o que foi visto aqui especialmente na letra do CC datado de 1916. A firme separação entre Estado e particulares acabou por outorgar a esses últimos a liberdade de exercerem sua vontade contratual da forma mais satisfatória às partes.

Como visto, sendo o contrato em tal época fruto da autonomia da vontade, deveria, então, ser cumprido. *Pacta sunt servanda* era o princípio que, juntamente com a autonomia da vontade, a relatividade dos efeitos e a supremacia da ordem pública, regia o direito dos contratos. Não é espantoso assegurar que as legislações, meios de intervenção estatal que são, deixaram de conter dispositivos que pudessem denotar interferência na relação

²¹⁷ SCHUNCK, Guiliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil: críticas e questões controvertidas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 41-42.

contratual pactuada. Como exemplo, é possível mencionar o Código Civil francês de Napoleão (artigo 1.134), o Código Civil italiano (artigo 1.123) e o BGB alemão.

Na visão de Carlos Alberto Bittar Filho²¹⁸, o retorno à utilização da cláusula *rebus sic stantibus* foi permitido diretamente por dois acontecimentos históricos com profunda influência econômica e social. O primeiro deles é a recessão causada pela Primeira Guerra Mundial e o segundo é a indenização securitária dos incêndios decorrentes dos terremotos que arrasaram as cidades de Messina e Ródio no ano de 1906.

Na França, por exemplo, apesar de o ordenamento jurídico não aceitar a revisão contratual em razão de alteração do estado das coisas, algumas leis em tal sentido foram editadas, como a Lei Faillot, em 1918, a Lei de Seguros, de 1919, sobre arrendamento, em 1924, sobre revisão do valor do aluguel, em 1925, sobre redução judicial dos preços de venda de determinados fundos de comércio, em 1938, dentre outras²¹⁹. Na opinião de um dos juristas franceses mais célebres, George Ripert²²⁰, era hora de se questionar o que fundamentava as críticas contra o revisionismo contratual em razão da onerosidade excessiva e, também, de questionar se o juiz — ou, na falta deste, o legislador — poderia aceitar a revisão contratual por motivo de imprevisão.

Vale lembrar, também, os princípios do direito europeu dos contratos (*The Principles of European Contract Law*²²¹) preparados pela Commision on European

²¹⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, p. 18-29, mar. 1992. p. 21.

²¹⁹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, p. 18-29, mar. 1992. p. 22.

²²⁰ RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949. p. 149-150.

²²¹ EUROPEAN UNION. *The principles of European contract law*. 1999. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002>>. Acesso em: 20 set. 2013. “Article 6:111: Change of Circumstances - (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.”

Contract Law. Como pontos principais, vale mencionar que os princípios estabelecem que o cumprimento do contrato por uma parte é obrigatório mesmo se sua prestação se tornou mais onerosa; entretanto, caso tal onerosidade tenha sido de caráter excessivo em razão de alteração de circunstâncias, as partes devem tentar um acordo de forma amigável para adaptar o contrato. Para isso, os princípios estabelecem três condições: (a) o evento que alterou as circunstâncias precisaria ter ocorrido após a conclusão do contrato, (b) tal evento não poderia ter sido previsto por qualquer das partes quando da conclusão do contrato e (c) o risco de tal alteração de circunstâncias não poderia ter sido dimensionado contratualmente pelas partes para ser arcado por qualquer delas. Caso o acordo de forma amigável não seja atingido, há a possibilidade de o juiz resolver o contrato ou adaptá-lo de maneira equitativa.

No mesmo sentido são os princípios do Unidroit Principles of International Commercial Contracts²²², publicados em 2010 pelo International Institute for the Unification of Private Law, os quais permitem a revisão do contrato que se tornou excessivamente oneroso para uma das partes nas seguintes condições: se o evento que deu origem a tal onerosidade não fosse previsível no momento da conclusão do contrato, se sua consequência não pudesse ser considerada como desvantajosa para a parte prejudicada, nem por ela pudesse ser impedida, e se o risco de tal evento não fosse assumido contratualmente pela parte prejudicada.

No que se refere ao Brasil, o CC não previu hipóteses de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou qualquer referência à revisão contratual em razão de situações imprevisíveis e onerosidade excessiva. Muito pelo contrário, no que se referia a seguros,

²²² “Section 2: Hardship - Article 6.2.1 (*Contract to be observed*) - Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship. Article 6.2.2 (*Definition of hardship*) - There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party. Article 6.2.3 (*Effects of hardship*) - (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.”

por exemplo, o CC continha previsão rígida ao estabelecer que, a não ser que objeto de estipulação expressa no contrato, os riscos agravados por circunstâncias não previstas não ensejavam ao segurador o aumento do prêmio²²³. Foi apenas em 1942, quando da edição da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, hoje denominada Lei de Introdução às Normas Brasileiras, por meio do artigo 5º²²⁴, que a legislação veio, nas palavras de José Alexandre Tavares Guerreiro²²⁵, humanizar um pouco o individualismo liberal do Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira²²⁶ entendia que a legislação brasileira consagrava o princípio da intervenção e que o CC e o Código Comercial não proibiam a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*. Isso porque se encontravam no direito brasileiro princípios que admitiam a tal cláusula da imprevisão e, especialmente em razão dos acontecimentos das guerras mundiais, havia a necessidade de solucionar questões de tal natureza. Dizia o jurista: “claro que é possível invocar-se utilmente a cláusula *rebus sic stantibus*”, desde que se fixassem os limites. Sob o ponto de vista do autor, não era suficiente uma alteração na condição do mercado; essa alteração precisava ser profunda e imprevisível independentemente da vontade das partes.

Carlos Alberto Bittar Filho²²⁷ dá a notícia da primeira jurisprudência brasileira em que se admitiu a interrupção contratual por motivo superveniente. O juiz Néelson Hungria, no ano de 1930, proferiu sentença sobre a seguinte pretensão judicial. O promissário-comprador queria obrigar o promitente-vendedor do qual havia locado, por prazo de 25, anos um prédio, com opção de compra ao final do referido prazo pela quantia certa de 25 contos de réis. Com o arrasamento do Morro do Castelo e a urbanização da esplanada, os terrenos ali localizados sofreram extraordinária valorização, sendo que aqueles 25 contos de réis em sensata avaliação deveriam ser alterados para 800 contos de réis. A decisão judicial foi no sentido de que, em razão de o evento ser de caráter imprevisível, a razão

²²³ “Artigo 1.453. Embora se hajam agravado os riscos, além do que era possível antever no contrato, nem por isso, a não haver nele cláusula expressa terá direito o segurador a aumento do prêmio.”

²²⁴ “Artigo 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

²²⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a economia dos contratos privados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 31, ano 17, p. 77-90, 1978. p. 86.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula “*rebus sic stantibus*”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, ano 39, fascículo 472, p. 798-812, out. 1942. p. 798 et seq.

²²⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, p. 18-29, mar. 1992. p. 25.

jurídica não poderia se ater ao rigor literal do contrato e o juiz deveria pronunciar a rescisão deste, de modo que admitiu a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

A evolução da jurisprudência brasileira quanto à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e à teoria da imprevisão será estudada mais adiante de forma mais aprofundada. Não obstante, interessante conexão pode-se fazer entre o entendimento do juiz Nélson Hungria e a teoria da base objetiva do negócio, de Karl Larenz²²⁸. Segundo tal teoria, a manutenção das condições gerais no curso do contrato, semelhantes àquelas verificadas no momento da conclusão, seria o pressuposto objetivo do contrato. A base objetiva do negócio desapareceria em caso de destruição da relação de equivalência do contrato, não importando o conhecimento das partes sobre possibilidade de alteração do pressuposto objetivo da vontade declarada. Caso se alterasse, por acontecimentos supervenientes resultando em excessiva onerosidade, aplicar-se-ia a resolução ou a revisão do contrato.

A doutrina jurídica brasileira, formada por nomes como Arnaldo Medeiros Da Fonseca²²⁹, Caio Mário da Silva Pereira²³⁰, Paulo Carneiro Maia²³¹ e Washington de Barros Monteiro²³², dentre outros, em meados do século passado firmou o entendimento da aceitação e do cabimento da teoria da imprevisão no ordenamento jurídico pátrio. O debate da literatura jurídica sobre a aceitação ou a rejeição da tese da revisão contratual em razão do tema que aqui se estuda encontra-se detalhado mais à frente no presente trabalho.

Também Silvio Rodrigues²³³, apesar da não positivação no CC da teoria da imprevisão, verificou que tal teoria serviu como inspiração para algumas outras

²²⁸ LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, 1956, apud LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15-16.

²²⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

²³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula “*rebus sic stantibus*”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, ano 39, fascículo 472, p. 798-812, out. 1942. p. 798.

²³¹ MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. 1959. xxx f. Tese de Cátedra, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1959.

²³² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 22. Esse autor entendeu que a aplicação da teoria só era admissível em casos excepcionais e com extrema cautela.

²³³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 22-24.

legislações, dentre as quais o revogado Decreto nº 24.150/1934²³⁴, em seu artigo 31, sobre a revisão de aluguéis. Relembra também que a tendência pela teoria da imprevisão se manifestou em todas as tentativas de reforma da legislação civil brasileira, com início no Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941. Conclui verificando que a evolução do contrato caminha mais no sentido de torná-lo um instrumento mais justo e mais humano do que no de manter imaculados os princípios básicos de sua existência.

Como visto, no início de 2002 foi publicado o NCC, que, em seus artigos 478 a 480, finalmente positivou a revisão contratual em razão de fatos imprevisíveis que tornassem o contrato excessivamente oneroso para uma das partes.

5.2 TEORIAS DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS EM RAZÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA

Anteriormente, foi estudada a linha evolutiva do desenvolvimento da possibilidade de revisão ou resolução do contrato em razão da ocorrência de circunstâncias imprevisíveis que tornassem o cumprimento da prestação excessivamente oneroso para o devedor, com extrema vantagem para o credor. Como visto, o acolhimento do revisionismo contratual não se deu de modo uniforme nos ordenamentos jurídicos mundiais. Naturalmente, diversas teorias foram desenvolvidas para tentar explicar o desequilíbrio das prestações contratuais em razão de fatos supervenientes à conclusão do contrato.

A teoria da pressuposição²³⁵, desenvolvida por Bernardo Windscheid, baseia-se na ideia de que aquele que manifesta sua vontade considerando determinada pressuposição deseja daquele que emite uma declaração de vontade condicionada que o efeito jurídico somente venha a existir se certo estado de relações se concretizar. Entretanto, de acordo com tal teoria, a existência do negócio jurídico não depende daquela concretização do estado de relações. Assim, o efeito desejado subsistirá e perdurará mesmo sem a existência do pressuposto e tal efeito não corresponderá ao verdadeiro desejo do autor da declaração

²³⁴ “Artigo 31. Se, em virtude da modificação das condições económicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contracto amigavel, ou, em consequencia das obrigações estatuidas pela presente lei, soffrer variações, além de 20% das estimativas feitas, poderão os contractantes (locador ou locatario), findo o prazo de tres annos da data do inicio da prorogação do contracto, promover a revisão do preço estipulado. § 1º O processo para essa revisão será o mesmo fixado por esta lei, para a prorogação do contracto. § 2º Este direito de revisão poderá ser exercido de tres em tres annos.”

²³⁵ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 213-214.

da vontade. De tal forma, o emitente da promessa prejudicado em razão da não consonância entre o que foi percebido na época da declaração da vontade e a realidade posterior que se concretizou poderia pleitear defesa por meio de exceção ou de ação direta a fim de cessar o efeito jurídico superveniente. Nas resumidas palavras de San Tiago Dantas²³⁶ sobre a teoria da pressuposição, de Windscheid, a manutenção das condições gerais no decorrer do contrato, semelhantes àquelas condições que prevaleciam no momento da sua conclusão, constitui um pressuposto objetivo da vontade declarada pelas partes constringentes, tenham estas tido ou não consciência de sua permanência no contratado.

Não obstante a importância e a influência nas construções jurídicas atuais, dentre as críticas recebidas por tal teoria cita-se aqui Darcy Bessone²³⁷, que entende que a teoria da pressuposição, de Windscheid, não era capaz de oferecer critério seguro e tampouco oferecia a existência de uma cláusula implícita aos contratos. A crítica posta por Luiz Gastão Paes de Barros Leães²³⁸ é a fragilidade de tal teoria no que se refere ao grau de subjetividade dessa suposição, capaz de retirar do contrato a segurança e a certeza de constituir um meio firme pelo qual as partes desejam alcançar seus negócios.

Outra teoria de grande relevância e influência para o sistema atual da onerosidade excessiva é a teoria da vontade marginal²³⁹, pensada por Giuseppe Osti também no início do século XX. Considerada muito próxima da teoria da pressuposição, a ideia central era a coexistência entre a vontade de contratar e a vontade marginal. Enquanto a primeira é aquela pela qual o contratante se obriga ao cumprimento da prestação pactuada, a segunda (implícita na primeira) é a ideia de que a prestação pactuada seja cumprida naquelas circunstâncias previstas quando da conclusão do contrato. Caso houvesse modificação das circunstâncias, de modo que o cumprimento da obrigação fosse ocorrer de modo diverso daquele implícito na vontade marginal, seria possível extinguir a obrigação de cumprir o pactuado. Darcy Bessone²⁴⁰ explica a distinção entre a vontade contratual e a vontade

²³⁶ DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 10.

²³⁷ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 213-214.

²³⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15.

²³⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15.

²⁴⁰ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 215.

marginal da teoria ora estudada. A vontade de realizar a prestação é determinada somente no momento da formação do contrato, mas a efetivação por meio da prestação prometida depende de uma atividade voluntária ulterior.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães²⁴¹ direciona sua crítica a essa teoria no sentido de sua ampla subjetividade, o que empurra os negócios jurídicos em direção à insegurança jurídica. Darcy Bessone²⁴² assevera que “a tutela jurídica da vontade contratual tem por fundamento uma avaliação do seu conteúdo, do ponto de vista da utilidade social”. A utilidade social da obrigação, de acordo com sua doutrina, é dada pelo fato de o ordenamento jurídico reconhecer e consagrar a vontade que objetiva a constituição de uma obrigação como meio para se atingir um resultado concreto. Ao admitir a falha desse meio, isto é, se o cumprimento da obrigação não leva ao resultado esperado ou se leva a resultado diferente daquele que deveria ser atingido, a própria razão de tutela jurídica permite a eliminação da obrigação, já que “a prestação deixa de corresponder à entidade econômica representada e, portanto, à vontade marginal”²⁴³.

Já a teoria da base do negócio jurídico²⁴⁴, formulada por Paulo Oertmann quase uma década após a teoria de Osti, estipulava que, caso a base formada pelas circunstâncias do momento em que se formou a vontade contratual fosse alterada, estaria legitimada a revisão do pactuado. Essa teoria parte do fato de que a sustentação do negócio jurídico ficaria violada caso as representações, as suposições e as expectativas das partes no momento do ajuste do negócio não se confirmassem no momento da execução da prestação devida²⁴⁵. A base do negócio jurídico seria a soma de todos os componentes e de todas as circunstâncias que influenciaram de forma relevante a parte a contratar. De acordo com Milton Nassau Ribeiro, essa foi a teoria alemã que mais influenciou o direito brasileiro²⁴⁶.

²⁴¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15-16.

²⁴² BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 216.

²⁴³ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 216.

²⁴⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15-16.

²⁴⁵ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 49, n. 155/156, p. 49-65, ago./dez. 2010. p. 54.

²⁴⁶ O autor cita como exemplo da influência o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), artigo 6º: “São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Como resposta às falhas das teorias anteriores, Karl Larenz propôs a teoria da base objetiva do negócio²⁴⁷. De acordo com ela, se faz imperativo verificar a base objetiva do negócio, sendo que a manutenção das condições gerais no curso do contrato, semelhantes àquelas verificadas no momento da conclusão, seria o pressuposto objetivo do contrato, convivendo com o pressuposto subjetivo. A base objetiva do negócio pactuado desapareceria em caso de destruição da relação de equivalência ou de frustração da finalidade do contrato. Para Larenz não era relevante o fato de as partes terem ou não consciência de que o pressuposto objetivo da vontade declarada poderia sofrer alterações, pois se, de fato, tais alterações ocorressem em razão de acontecimentos supervenientes que tivessem o condão de impor ao devedor um esforço muito mais relevante do que aquele previsto pelo pactuado, estaria legitimada a resolução ou a revisão do contrato. Na visão de Clóvis do Couto e Silva²⁴⁸, o conceito objetivo da base do negócio jurídico está diretamente ligado com a finalidade real do contrato, de modo que tal conceito busca dimensionar se a intenção geral dos contratantes pode ainda se efetivar levando em consideração as alterações econômicas supervenientes.

Em 1918, na França, em razão da conflagração que assolou o país, editou-se a normativa que ficou conhecida como Lei Faillot. De acordo com tal legislação, ficou autorizada a resolução dos contratos que tivessem sua conclusão em data anterior a 1 de agosto de 1914 e cujo cumprimento dependesse do futuro caso, em razão do estado de guerra, a execução das prestações pactuadas de qualquer das partes do contrato fosse de ordem excessivamente onerosa que não pudesse ser razoavelmente prevista na época da convenção²⁴⁹. De acordo com Milton Nassau Ribeiro²⁵⁰, a referida lei não contemplava a revisão e a adaptação ao novo estado daquilo que fora contratado, mas somente a resolução do contrato com ou sem indenização. De tal forma, na França foi que se elaborou, de acordo com a jurisprudência administrativa e a legislação mencionada, a chamada “teoria da imprevisão”.

²⁴⁷ LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, 1956, apud LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15-16.

²⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 655, p. 7-11, 1990.

²⁴⁹ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 218-219.

²⁵⁰ RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 49, n. 155/156, p. 49-65, ago./dez. 2010. p. 53.

Uma outra vertente referente às teorias de modificação contratual em razão de fatos supervenientes que tornem a prestação pactuada excessivamente onerosa para uma das partes foi pensada por George Ripert, autor da tese sobre as regras morais nas obrigações civis. Pela teoria da regra moral entende-se que a autorização para revisão contratual é originada no momento em que, verificada a onerosidade excessiva da prestação em decorrência de fatos supervenientes imprevisíveis, o credor insiste em, injustamente, exigir do devedor a prestação outrora pactuada²⁵¹. Não se pode admitir a rescisão do contrato sempre que verificadas situações imprevistas, pois isso tiraria do contrato a sua principal utilidade, qual seja, garantir o credor contra o imprevisto²⁵². Na análise de Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁵³ sobre a opinião de George Ripert, a ideia da teoria deste último é de que o credor estaria cometendo suprema injustiça ao fazer uso do seu direito de exigir o cumprimento da obrigação pactuada com extremo rigor, já que o devedor teria sido injustamente lesado pela sorte.

Após realizar análise profunda de diversas teorias estrangeiras de modificação contratual em virtude de acontecimentos imprevisíveis e de onerosidade excessiva, Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁵⁴ pontua a sua teoria da equidade e da justiça. A fundamentação é baseada não na regra moral sugerida por George Ripert, mas sim na própria noção de direito, nos princípios de equidade e de justiça. De acordo com tal teoria, a modificação contratual pelo juiz nos casos de imprevisão é de caráter excepcional e somente poderia operar em benefício do devedor nas situações em que os seguintes

²⁵¹ RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949. p. 130-131. Nas palavras originais do autor: “Le contrat qui est une loi est, en un sens, supérieur à la loi puisque la loi elle-même ne saurait l’atteindre. La loi nouvelle qui modifierait les conditions de validité du contrat n’atteindrait pas la convention déjà conclue; celle qui modifierait les effets du contrat, à moins d’une volonté expresse du législateur, laisserait subsister les effets des volontés déjà inchangées. Pourtant, contre cette exécution intégrale et rigide du contrat, la réclamation du débiteur monte vers le juge. Toutes les prévisions ont été déjouées; ce contrat, qui devait être normalement exécuté dans des conditions que l’on avait pu établir, va, par suite de circonstances imprévues, être pour le débiteur une cause de ruine, cependant que le droit du créancier se trouve, par le jeu des événements, décuplé d’importance et de valeur. L’exercice du droit du créancier ne va-t-il pas être la consécration d’une suprême injustice? Le débiteur ne nie pas son obligation, il ne prétend pas s’en décharger lui-même mais il demande à l’autorité qui assure la justice s’intervenir entre son créancier et lui. Au fond, c’est encore respecter le contrat que de le réviser: demander une libération ou une modération de charges, c’est reconnaître que l’on ne peut être délié que par un acte de l’autorité publique”.

²⁵² RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949. p. 155.

²⁵³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 223-224.

²⁵⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 234-236.

elementos concorressem na situação: (a) radical modificação, decorrente de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, das circunstâncias objetivas existentes quando da celebração do contrato; (b) verificação de onerosidade excessiva para devedor não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; e (c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista.

Não se pode esquecer que essas teorias brevemente explicadas são apenas algumas daquelas elaboradas sobre o tema da modificação contratual em razão de fatos supervenientes à celebração do contrato. Somente como objeto de citação, já que no presente trabalho não se pretende um debate de direito civil²⁵⁵ limitado a tal tema, podem ser mencionadas a teoria do erro, de Achille Giovène, a teoria da situação extracontratual, de A. Bruzin, a teoria do dever de esforço, de R. Hartmann, a teoria do estado de necessidade, de Lehmann e Coviello, a teoria do equilíbrio das prestações, de Giogi e Lenel, a teoria da boa-fé, de Wendt e Klenke, a teoria da socialização do direito, de Ramon Badenes Gasset, dentre outras menos citadas pela literatura jurídica.

Ainda, para fins de informação, é importante lembrar que no sistema jurídico da *common law* não há a figura da onerosidade excessiva. O que se põe como relevante é a forma de alocação dos riscos contratuais quista pelas partes. Isso porque, em tal sistema jurídico, não há a ideia de revisão contratual em caso de desequilíbrio das prestações por excessiva onerosidade advinda de evento superveniente. Por outro lado, a ideia, até hoje questionada²⁵⁶, que permeia o sistema em referência é de que as partes podem ter a opção de cumprir ou não o contrato, tendo como consequência a indenização correspondente pelo não cumprimento. Não obstante, a doutrina da *frustration* e da *impossibility* são aceitas como atenuantes do cumprimento do pactuado. A primeira refere-se à frustração do objeto

²⁵⁵ Para um debate mais aprofundado sobre o assunto, consultar: FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

²⁵⁶ SHAVELL, Steven. Is breach of contract immoral? *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 531*, Nov. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=868592>. Acesso em: 6 set. 2013. E, também: PERILLO, Joseph M. Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference. *Fordham Law Review*, v. 68, 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241263>. Acesso em: 6 set. 2013.

do contrato sem que isso o impeça de ser cumprido²⁵⁷. A segunda refere-se claramente à impossibilidade de cumprimento do contrato em razão de perecimento do objeto²⁵⁸.

5.3 REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O debate entre a literatura jurídica brasileira que foi travado no início do século XX dividiu os nomes do direito privado entre as teses revisionista e antirrevisionista. Numa revisão bibliográfica, encontram-se trabalhos de Orozimbo Nonato²⁵⁹, J. M. Carvalho Santos²⁶⁰, Philadelpho Azevedo²⁶¹ e Pontes de Miranda²⁶² do lado contrário à aplicação da revisão contratual em razão de onerosidade excessiva causada por eventos imprevisíveis e extraordinários. Já os trabalhos de Jair Lins²⁶³, Arthur Rocha²⁶⁴, Eduardo Espínola Filho²⁶⁵ e Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁶⁶ formaram o lado favorável à tese revisionista.

Na visão de Orozimbo Nonato²⁶⁷, o contrato conceitualmente por si só era contrário à teoria da imprevisão, pois a integridade do instrumento contratual é a segurança dos

²⁵⁷ Houve quatro marcos jurisprudenciais norte-americanos no que se refere à doutrina da *frustration*, quais sejam, (a) a parte que criou uma obrigação para ela própria está obrigada a cumpri-la ou pagar o valor correspondente em perdas e danos se o não cumprimento não foi originado de um evento superveniente além do controle dessa parte (ano 1647); (b) o contrato pode ser relaxado em razão da não verificação da condição implícita precedente (1863); (c) o conceito de condição implícita precedente se estende para além dos casos de impossibilidade absoluta, abarcando aqueles em que o evento superveniente pôs fim, no sentido negocial, à vinculação das partes e do objeto (1874); e (d) deve-se interpretar o contrato e verificar se está sendo cumprido, como seria nas novas circunstâncias, ou se envolve algo radicalmente diferente (1956). Para mais sobre a doutrina da *frustration*, ver ANDREWS, Neil. *Contract law*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 445-473.

²⁵⁸ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 11-35, 2012.

²⁵⁹ NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico. *Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros*, São Paulo, n. 3, 1958. p. 106.

²⁶⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 12. p. 299-300.

²⁶¹ AZEVEDO, Philadelpho. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou dirigismo na vida contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, São Paulo, n. 145, 1956. p. 226 et seq.

²⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. tomo 3. p. 74 et seq.

²⁶³ LINS, Jair. A cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 55, 1923. p. 512.

²⁶⁴ ROCHA, Arthur. *Da intervenção do Estado nos contratos concluídos*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1932. p. 150.

²⁶⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A cláusula *rebus sic stantibus* no direito contemporâneo. *Revista Direito*, São Paulo, v. 1, 1954. p. 33.

²⁶⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 193 et seq.

²⁶⁷ NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico. *Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros*, São Paulo, n. 3, 1958. p. 106.

negócios jurídicos, devendo o *pacta sunt servanda* ser cumprido rigorosamente. J. M. Carvalho Santos²⁶⁸, por sua vez, se filia ao antirrevisão pois entende que a legislação da época era clara e dotada de completude e que a “omissão da lei” relativa à aceitação da imprevisão nos contratos não autorizaria a revisão destes em caso de onerosidade excessiva decorrente de eventos imprevisíveis. Na mesma linha seguiu a doutrina de Philadelpho Azevedo²⁶⁹, que também defendia a legislação da época como clara e completa, não sendo possível aceitar a revisão contratual da forma que se pretendia. Pontes de Miranda²⁷⁰ era convicto da ideia de que aquele que contrata deve arcar com as consequências das alterações do ambiente em que se contratou, seja tal mudança favorável, seja desfavorável, já que é pacífico que o ambiente em que se contratou, naturalmente, não permanece o mesmo quando do cumprimento das obrigações.

Como apontado, do lado favorável à tese revisionista, dentre outros, destacam-se os trabalhos de Jair Lins²⁷¹, Arthur Rocha²⁷², Eduardo Espínola Filho²⁷³ e Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁷⁴. Para o primeiro desses juristas, Jair Lins, que baseia sua teoria na boa-fé dos contratantes, a prestação contratada não o seria caso houvesse uma modificação profunda nas condições ou mesmo se a ocorrência de tal modificação pudesse ser prevista pelas partes. Já Arthur Rocha entende que é pressuposto de qualquer contrato que contemple uma *distantia temporis* entre o momento de celebração e o momento da execução que haja uma limitação dos riscos àqueles que eram esperáveis quando da celebração do contrato. Eduardo Espínola Filho²⁷⁵ fundamenta sua defesa na cláusula *rebus sic stantibus* e afirma que a teoria da imprevisão é aplicável nos casos de eventos imprevisíveis em que o cumprimento da prestação pactuada se transformar em sacrifício insuportável e fragosa injustiça. Como visto, Arnaldo Medeiros da Fonseca desenvolve a teoria da equidade e da

²⁶⁸ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 12. p. 299-300.

²⁶⁹ AZEVEDO, Philadelpho. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou dirigismo na vida contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, São Paulo, n. 145, 1956. p. 226 et seq.

²⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. tomo 4. p. 74 et seq.

²⁷¹ LINS, Jair. A cláusula *rebus sic stantibus*. *RF*, Rio de Janeiro, n. 55, 1923. p. 512.

²⁷² ROCHA, Arthur. *Da intervenção do Estado nos contratos concluídos*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1932. p. 150.

²⁷³ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A cláusula *rebus sic stantibus* no direito contemporâneo. *Revista Direito*, São Paulo, v. 1, 1954. p. 33.

²⁷⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 193 et seq.

²⁷⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A cláusula *rebus sic stantibus* no direito contemporâneo. *Revista Direito*, São Paulo, v. 1, 1954. p. 33.

justiça baseada na noção de direito e nos princípios de equidade e de justiça. Na mesma linha de defesa da tese revisionista seguiram nomes de relevo na literatura jurídica brasileira, como Miguel Maria de Serpa Lopes²⁷⁶, Álvaro Villaça de Azevedo²⁷⁷ e Ives Gandra da Silva Martins²⁷⁸, dentre outros²⁷⁹.

Como já verificado, o CC com claros sinais de defasagem deu espaço aos novos dispositivos do NCC. Este, com clara inspiração na legislação italiana sobre o tema, estipulou em seus artigos 478, 479 e 480²⁸⁰ as regras de revisão contratual em razão de onerosidade excessiva. De acordo com a interpretação de Luiz Gastão Paes de Barros Leães²⁸¹, tais dispositivos oferecem seis condições necessárias para a incidência da revisão por onerosidade excessiva. A primeira condição é a existência de um contrato em que haja *distantia temporis* entre o momento de celebração e o momento da execução. A segunda condição é que a prestação de uma das partes contratantes se torne excessivamente onerosa em magnitude tal que autorize a resolução do vínculo. A terceira é que tal onerosidade excessiva seja capaz de provocar uma “extrema vantagem” para o credor com a ruína do devedor. A quarta é que a onerosidade excessiva seja decorrente de um evento extraordinário e imprevisível, fora da evolução regular dos acontecimentos e além da álea esperada do contrato. A quinta é que a causa do evento extraordinário e imprevisível não possa ser imputada ao contratante. A sexta e última é que a resolução do contrato somente seja admitida em contratos sinalagmáticos, em estado de dependência recíproca; nos contratos unilaterais a legislação somente permite a redução da prestação ou a alteração do modo de executá-la.

²⁷⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. A cláusula *rebus sic standibus* no direito contemporâneo. *Revista Direito*, 1957.

²⁷⁷ AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 733, p. 109-122, 1996.

²⁷⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contratos anteriores ao Plano Brasil Novo sem mecanismo de adaptação à nova realidade econômica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 348, p. 79 a 95, 1996.

²⁷⁹ Para conhecimento de debate mais aprofundado, consultar BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*: com referência ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002.

²⁸⁰ “Seção IV - Da Resolução por Onerosidade Excessiva. Artigo 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. Artigo 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Artigo 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.”

²⁸¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 18-19.

Na visão de Álvaro Villaça de Azevedo²⁸², o artigo 480 do NCC abriga o instituto da lesão enorme (*laesio enormis*), de modo que a legislação passa a não permitir a onerosidade excessiva e as cláusulas abusivas capazes de comprometer o princípio da comutatividade dos contratos. Não obstante tal entendimento, o autor aponta o artigo 478 como um limitante à aplicação pura da *laesio enormis* no tal como o Direito Justinianeu em razão da inclusão da necessidade de imprevisão para que se configure a onerosidade excessiva. Pensa o referido autor que a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a aplicação da teoria da imprevisão, que funciona como um redutor de intensidade ao possibilitar a aplicação apenas nas situações futuras e imprevisíveis.

Importante mencionar o artigo 317²⁸³ do NCC, que prevê a revisão de contrato em caso de desproporção de obrigações pecuniárias, com vencimento protraído no tempo, com o objetivo de moderar o princípio do nominalismo monetário. Luiz Gastão Paes de Barros Leães²⁸⁴ adverte que não há que se confundir o tratamento aos artigos 478 a 480 e o tratamento ao artigo 317, pois este último, desde a tramitação do projeto nas casas do Congresso, tinha o objetivo de contornar apenas e exclusivamente o desequilíbrio gerado pela depreciação monetária. Silvio de Salvo Venosa²⁸⁵, ao referir-se ao artigo 317, da mesma forma como na teoria da imprevisão, lembra que essa válvula não pode se converter em placebo jurídico ou mecanismo para o injusto enriquecimento. E completa: “para a obtenção do resultado colimado no texto há necessidade, como ressalta aos olhos, de ação judicial específica de revisão de valores das prestações. A correção monetária é valor agregado que traduz um valor real da prestação e não se amolda ao presente texto”.

Silvio de Salvo Venosa²⁸⁶ comenta os artigos 478 a 480 do NCC no sentido de que o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comuns de cumprimento. A imprevisão estipulada pela lei deve ser um fenômeno global,

²⁸² 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: ALVIM, Arruda; ROSAS, Roberto; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-45.

²⁸³ “Artigo 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.”

²⁸⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 20.

²⁸⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 494 et seq.

²⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 494 et seq.

que atinja a sociedade em geral ou um segmento palpável de tal sociedade. O requisito para aplicação é a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que reflitam sobre a prestação do devedor de modo a torná-la excessivamente onerosa.

Silvio de Salvo Venosa²⁸⁷ levanta, também, a questão da validade da cláusula de exclusão da revisão judicial. Uma proibição genérica de revisão contratual seria um cerceamento do direito de ação em geral e uma renúncia prévia genérica a direitos. Entretanto, dá um exemplo de situação em que, considerado os demais princípios contratuais, tal exclusão seria aceitável, a saber, em caso de edição de um plano econômico que altere os parâmetros de correção monetária.

Conforme mencionado, uma das condições estipuladas para incidência dos artigos 478 a 480 refere-se aos pressupostos de ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis. Tais eventos devem estar excluídos daquela situação regular dos fatos e exceder ao risco esperado do contrato. Vale destacar que o caráter referente à imprevisibilidade e à extraordinariedade deve ser interpretado não somente em relação ao fato que gerou o desequilíbrio contratual, mas também em relação às consequências que tal fato foi capaz de produzir²⁸⁸, conceito que vem sendo reconhecido pelo Judiciário em decisões que autorizaram a revisão contratual²⁸⁹.

Não obstante esse direcionamento geral, há muito se debate na doutrina o conceito preciso de eventos extraordinários e imprevisíveis. Luiz Gastão Paes de Barros Leães²⁹⁰ responde de forma concisa dizendo que “são extraordinários os eventos que ultrapassem a evolução regular dos fatos e, imprevisíveis, os eventos que exorbitam da álea normal do contrato”. O ponto chave, continua o autor, está na distinção entre o que seria normativamente ordinário e o que é previsível ou imprevisível. Para determinar tal ponto é fundamental que se pontue o que é a álea normal do contrato em concreto. Em diversos julgados objetos de análise no âmbito da pesquisa jurisprudencial realizada e explicitada mais à frente no presente trabalho, a não verificação do evento demonstrado como de

²⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 439.

²⁸⁸ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2007.

²⁸⁹ Apelação nº 0060982-05.2008.8.26.0000, 2013, TJSP e Apelação nº 9252421-49.2008.8.26.0000 6/6, 2013, TJSP.

²⁹⁰ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 21.

caráter extraordinário e imprevisível é uma das razões mais importantes, inclusive em termos quantitativo, para a não aplicação, pelo Judiciário, da correção do desequilíbrio contratual previsto nos artigos 478 a 480 do NCC. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato, termos contratuais já revistos pelas partes, guerras e terrorismo, variação da moeda estrangeira, planos econômicos, crises financeiras, índices e taxas de juros pactuados são alguns dos eventos alegados para revisão contratual não acatados pelo Judiciário.

De suma importância é o fato de que todos os contratos em que há uma *distantia temporis* entre a formação e a execução contêm uma margem de risco que não pode ser determinada *in abstracto* e *ex ante*. Esse conceito forma outro requisito para aplicação da correção de desequilíbrio contratual possibilitada pelos artigos 478 a 480 do NCC. O contrato de tratos sucessivos tem como característica principal o cumprimento futuro por uma das partes (ou por ambas) de sua obrigação²⁹¹. Pontes de Miranda destaca que a prestação de duração prolongada ou é de atos seguidos, ou é de contínua consequência de ato ou de não fazer, mas que “tudo se passa no tempo”²⁹². O risco implícito de qualquer contrato é aquele legitimamente esperado de acordo com certos critérios objetivos²⁹³, quais sejam, o tipo do negócio, as circunstâncias de fato, de ordem geral condicionantes do negócio, e os interesses por eles concretamente regulados, avaliados de acordo com os preceitos dos artigos 112 e 113 do NCC²⁹⁴. Vale pontuar que, apesar da inspiração do NCC no Código Civil italiano, no direito brasileiro o conceito de álea normal do contrato não foi introduzido no NCC tal como foi no Código Civil italiano²⁹⁵. No capítulo seguinte, passará a ser discutida de forma específica a questão do risco nos negócios.

²⁹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 38.

²⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Direito das Obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. tomo 22. p. 129-130.

²⁹³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 22.

²⁹⁴ “Artigo 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

²⁹⁵ Código Civil italiano. “Artigo 1467 Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).”

Pode-se exemplificar o tema com uma cláusula em um acordo de acionistas que possibilita a saída de um acionista em caso de entrave em determinada deliberação (cláusula “*buy or sell*”). A alienação de suas ações para sua saída se daria pelo valor patrimonial por determinado período após a celebração do acordo e, após esse período, somente por valor de mercado. Tal cláusula carrega consigo, a rigor, um risco de alteração do valor do último dia do prazo para o dia seguinte, podendo aquele acionista que deseja adquirir as ações a valor favorável, a depender do valor de mercado, aguardar o fim do referido período para travar uma situação iminente de “*buy or sell*” para adquiri-las em valor substancialmente mais favorável a si. Mas, por outro lado, seria um risco normal da cláusula contratual, assumido pelos contratantes, uma vez que é factível que se prevejam possíveis alterações no mercado.

5.3.1 Cláusulas abusivas

Brevemente, é importante mencionar algo sobre o tratamento dado pelo direito às cláusulas abusivas. Pode-se dizer que as cláusulas de cunho abusivo são aquelas de caráter geral que têm o condão de atribuir vantagem excessiva ao predisponente, resultando em uma contrapartida excessivamente onerosa a uma das partes e, conseqüentemente, um injusto desequilíbrio contratual²⁹⁶. A questão das cláusulas abusivas toca em determinados princípios contratuais essenciais para fins deste estudo, como o princípio do equilíbrio contratual, da boa-fé e da equidade. Tais princípios devem ser verificados para aferição do limite entre o conteúdo válido e o abusivo de tais cláusulas gerais.

As cláusulas abusivas possuem natureza objetiva, que é justamente o desequilíbrio das posições contratuais, provocado por uma das partes, normalmente aquela mais forte juridicamente, tecnicamente ou economicamente. Vale lembrar que, por ser considerada no âmbito das condições gerais, não é a cláusula abusiva *per se* contrária à ordem jurídica. Determinadas disposições que são abusivas no contrato de adesão, por exemplo, podem ser válidas em certo contrato negociado. O abuso é oriundo do contexto em que a cláusula está inserida, no “quadro de circunstâncias considerado pelo direito”²⁹⁷.

²⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 155 et seq.

²⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 155 et seq.

Comumente, tais cláusulas abusivas são inseridas pela parte mais forte juridicamente, tecnicamente ou economicamente, em prejuízo da parte mais debilitada no contrato. O predisponente se aproveita do seu poder contratual para desequilibrar a seu favor o regulamento contratual, exonerando-se ou limitando-se de responsabilidades²⁹⁸, por exemplo. Lembra Paulo Luiz Neto Lôbo²⁹⁹ que não é intenção do ordenamento jurídico a igualdade absoluta das prestações; entretanto, na esfera da atividade econômica que se utiliza de predisposições de condições gerais, é importante a paridade das posições contratuais e o equilíbrio razoável, compatíveis com os princípios mencionados.

Na definição de Malaurie, Aynès e Stoffel-Munk³⁰⁰, uma cláusula contratual é abusiva em razão da sua origem e dos seus efeitos e normalmente resulta de um abuso de poder de uma das partes contratantes para obter lucro excessivo. Vale apontar que não é imperativo que a cláusula abusiva implique vantagem pecuniária, mas ela causa sempre uma situação de inferioridade jurídica.

Na França, Stéphanie Porchy-Simon³⁰¹ menciona a classificação de cláusulas que podem ser injustas perante a lei. A primeira categoria delas é chamada de “*noire*”, ou “lista negra”, cuja característica é prejudicar seriamente o equilíbrio do contrato, sendo irrefutavelmente presumidas abusivas. A segunda categoria é chamada de “*gris*”³⁰², ou

²⁹⁸ Vale lembrar que, não obstante aproximações com o instituto da lesão, o qual está atrelado a um componente subjetivo, sendo um vício de vontade, defeito do negócio jurídico, pode-se apontar a cláusula de irresponsabilidade, exoneração de responsabilidade ou, ainda, de não indenizar como o tipo mais relevante das cláusulas abusivas. Tais cláusulas dificilmente são encontradas em contratos negociados, estando presentes nos contratos por adesão.

²⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 155 et seq.

³⁰⁰ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNK, Phillipe. *Les obligations*. 5ème ed. Paris: Defrénois Lextenso, 2011. p. 368-369.

³⁰¹ PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit civil: les obligations*. 6ème ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 107.

³⁰² A legislação francesa, por meio do Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 - art. 1, Article R132-1, publicou uma lista de cláusulas chamadas “*noires*” e “*grises*”. *In verbis*: “Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de: 1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion; 2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires; 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre; 4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat; 5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à

“lista cinzenta”, que são presumidamente de caráter abusivo mais leve que as “noire”. No caso das “gris”, o profissional pode evitar a exclusão da cláusula, demonstrando, além das aparências, a sua razoabilidade. Tais listas retratam o inventário empírico dos tipos mais frequentes na prática negocial.

No direito brasileiro³⁰³, por sua vez, a cláusula pode ser considerada abusiva se houver o concurso dos seguintes eventos: (a) predisposição unilateral; (b) inserção em condições gerais; (c) atribuição de vantagens excessivas ao predisponente; (d) atribuição de onerosidade excessiva e desvantagens excessivas ao aderente; (e) incompatibilidade

exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service; 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations; 7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service; 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur; 9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat; 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel; 11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel; 12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat”.

³⁰³ No direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) trata das cláusulas abusivas em seu artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”.

com a boa-fé e a equidade. A legislação brasileira tratou das cláusulas abusivas na esfera do direito do consumidor e no artigo 421 do NCC. Não obstante o tímido tratamento dado pelo diploma civil ao tema, isso não impede a solução de situações de abuso contratual mesmo entre profissionais. Isso porque tais situações fora da esfera do direito do consumidor deverão ser solucionadas por meio da aplicação dos demais princípios que regem a sistemática contratual³⁰⁴.

A consequência jurídica imputável às cláusulas abusivas será a nulidade, respeitado o princípio da conservação, ou seja, a nulidade da cláusula abusiva ou da parte abusiva de determinada cláusula não atingirá as demais disposições do contrato, exceto em caso de ônus excessivo a qualquer das partes de modo a atingir o equilíbrio contratual. Também é possível se falar em *ilicitude material*, conceito que abarca as cláusulas abusivas em razão de gerarem quebra intolerável do equilíbrio contratual³⁰⁵. Resta certo que o conceito de cláusula abusiva verificado não abriga a ideia de evento superveniente e a teoria da imprevisão, uma vez que está situada entre as causas de revisão contratual contemporâneas à formação contratual.

³⁰⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no CDC e no CC de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 171-200, out./dez. 2007. p. 196-197.

³⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 160. Vale lembrar que a lei faz ressalva quando se trata de contrato com pessoa jurídica, em que é permitida a limitação de responsabilidade em situações justificáveis, já que o contratante pessoa jurídica teria, em tese, melhores condições de prevenção contra eventualidade do dano do que o consumidor eventual.

6 IMPLICITUDE DO RISCO NOS CONTRATOS

6.1 RISCO COMO ELEMENTO IMPLÍCITO NO CONTRATO

De acordo com Paula Forgioni³⁰⁶, a verificação do fato de que determinados princípios originados e desenvolvidos no âmago de um direito especial contaminam todo o ordenamento jurídico formou o tradicional mote para a unificação dos direito das obrigações, como já visto. Em consequência disso, no Brasil, o NCC acabou englobando vários princípios de caráter corretivo de dogmas liberais. Entretanto, para que se possibilite a concretização da função econômica esperada dos negócios, é imperativo lembrar que o direito empresarial possui uma lógica peculiar e que, para a aplicação da legislação, é necessária uma interpretação diferenciada em conformidade com a realidade dos negócios.

Não se pode deixar de mencionar que os negócios entre empresários necessariamente têm como pressupostos básicos a certeza de que a situação resultante da avença será mais vantajosa do que a situação atual e a esperança de se atingir os objetivos que dão corpo à função econômica do negócio³⁰⁷. Tais pressupostos despertam a discussão sobre a segurança e a previsibilidade do negócio. Na visão da Paula Forgioni³⁰⁸, a razão determinante da gênese do direito comercial é justamente a relação travada entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema³⁰⁹. De tal forma, o direito tem meios de oferecer garantia quanto ao processo econômico, entretanto não tem o condão de garantir o resultado econômico, especialmente porque a álea, ou o risco, é elemento inerente a qualquer contrato.

³⁰⁶ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003. p. 7 et seq.

³⁰⁷ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003. p. 10.

³⁰⁸ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003. p. 12.

³⁰⁹ Esclarece a autora que tal relação foi explicada por Weber e forma a base do pensamento de diversos juristas modernos.

Algumas definições de risco serão apontadas a seguir. De acordo com Charles Hardy³¹⁰, o risco é uma questão de incerteza. O tempo transcorrido em uma operação comercial, por exemplo, gera uma incerteza no que se refere a custos, perdas e prejuízos.

Para Antonio Marcos Duarte Jr.³¹¹, o risco também seria uma questão de incerteza, ou, mais precisamente uma “medida de incerteza”, nas palavras do autor, intimamente associada à expectativa de retorno. Também é importante mencionar a noção de risco apresentada por John Adams³¹², associada à ideia de tempo e probabilidade. Segundo o autor, o risco obedeceria a todas as leis formais das probabilidades combinatórias e seria definido como a probabilidade de ocorrência de certo acontecimento adverso durante período de tempo específico ou, ainda, como resultado de determinado desafio.

Pelas lentes da teoria econômica, seria, então, na visão de Wanderley Fernandes³¹³, dentro de tal modelo quantitativo que os agentes econômicos tentariam gerenciar o risco, de modo a quantificá-lo e mitigá-lo com base nas informações de que dispõem no momento da tomada de decisão. Isso porque a incerteza se caracteriza pela falta de informação ou mesmo pela ausência de segurança de que determinado evento terá certo efeito no futuro e a probabilidade seria o grau da incerteza quanto à ocorrência de um evento entre várias outras possibilidades.

Quando se trata de contratos empresariais, é relevante apontar também que qualquer interpretação seria incoerente e inadequada sem considerar o fator da jogada equivocada — explicando em outras palavras, uma interpretação que neutralizasse os prejuízos ou os lucros que devem ser suportados pelos agentes econômicos e que decorrem justamente da atuação destes no mercado³¹⁴.

³¹⁰ HARDY, Charles O. Risk and risk-bearing. In: KRONMAN, Antony; POSNER, Richard. *The economics of contract law*. Boston: Little Brown, 1979, p. 26.

³¹¹ DUARTE JR., Antonio Marcos. A importância do gerenciamento de riscos corporativos em bancos. In: DUARTE JR., Antonio Marcos; VARGA, Gyorgy (Orgs.). *Gestão de riscos no Brasil*. Rio de Janeiro: Financial Consultoria, 2003. p. 3-12. p. 3.

³¹² ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Editora Senac, 2009. p. 40.

³¹³ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. 2011. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 26-27.

³¹⁴ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003. p. 15-16.

Isso porque, continua Paula Forgioni, lembrando da possibilidade de afastar o dogma do “*pacta sunt servanda*”:

Um sistema que permitisse ao contraente liberar-se de seus compromissos porque, no seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor. [...] ao direito compete preservar o mercado (i. e., a fluência das relações econômicas), viabilizando o “jogo” mediante um sistema que procura levar ao respeito de suas regras, entre as quais a do “*pacta sunt servanda*”.

Também, a questão dos riscos, explica Orlando Gomes³¹⁵, consiste em determinar a parte que restará com o prejuízo nos contratos nas situações em que a prestação pactuada não poderá ser cumprida em razão de o fato não ser imputável àquele que se obrigou a satisfazê-la. Esse tipo de problema não é passível de solução por uma regra geral, muitas vezes arriscada, pois não seria possível submeter todos os casos a apenas um princípio.

A doutrina, relembra Orlando Gomes³¹⁶, muitas vezes tentou determinar um princípio geral para o tema, todas na tentativa, sem êxito, de fundamentar a tese de que a coisa perece para o credor (“*res perit creditoris*”). Claramente dotada de insuficiência, a solução romanista é que o risco deverá ser suportado pelo dono da coisa que constitui objeto da prestação. A regra geral desenvolvida por Wachter, de fragilidade evidente, é de que a coisa perece para o credor. Já Madai, calcado na perpetuidade da obrigação, estipulou que a parte que deve suportar o risco é aquela cuja obrigação continua a existir. Fuchs, por sua vez, preconiza a teoria da ficção do cumprimento, segundo a qual o risco deverá ser suportado pelo devedor da contraprestação, já que a prestação não cumprida em razão do acaso é como se o fosse. Segundo tal teoria, o risco pressupõe inexecução, de modo que não se pode admitir execução ficta. Já para Coviello, o credor deverá suportar o risco, pois a prestação por ele devida não é mais sua a partir do momento da perfeição do contrato³¹⁷.

³¹⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 225.

³¹⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 225.

³¹⁷ Wachter, Madai, Fuchs, Coviello apud GOMES, Orlando. *Obrigações*. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 225

Ao dissertar sobre as regras do jogo contratual, Enzo Roppo³¹⁸ ensina que o contrato avençado entre as partes pode realizar adequadamente a operação pretendida, de modo a corresponder às expectativas e aos projetos da autonomia privada, ou pode produzir efeitos que não correspondam às expectativas razoáveis e aos projetos quistos pelas partes. Assim, o contrato pode funcionar ou não funcionar.

No caso de problema de funcionalidade do contrato, resta saber qual dos contratantes suportará o risco das circunstâncias que alteram o equilíbrio econômico da operação contratual. Dentre as tais regras do jogo contratual, não é possível dissociar determinado grau de risco da iniciativa econômica, de modo que o prejuízo causado, ao invés de lucro, por uma operação econômica não é motivo bastante para disparar uma medida de tutela jurídica em favor daquele que restou prejudicado. Isso, claramente, quebraria a base do princípio clássico do direito contratual *pacta sunt servanda* estudado anteriormente. Em todo contrato está implícito um risco esperado ou uma álea normal.

De acordo com Darcy Bessone³¹⁹, a mera conclusão de um contrato é uma exposição ao risco. A proposta e a aceitação são provenientes de uma valoração das circunstâncias e de razoáveis previsões sobre o êxito do negócio pactuado. As circunstâncias daquele momento evoluem incessantemente, e um acontecimento que fere os pressupostos do negócio pode prejudicar a operação pactuada. Contudo, geralmente não é possível evitar o referido risco. A lei dispõe de técnicas para circunscrever a álea do contrato e outras vezes tal circunscrição é elaborada pela autonomia privada. Fica claro, de tal forma, que o elemento risco compõe a própria operação econômica dos contratos.

O NCC, em seus artigos 458 a 461³²⁰, trata sobre o tema. Nos contratos aleatórios referentes a coisas ou fatos futuros, cujo risco de inexistência futura seja assumido por um

³¹⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 219 et seq.

³¹⁹ BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. 2. reimp. Milano: Giuffrè, 1998. p. 1-2.

³²⁰ “Artigo 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.” “Artigo 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido.” “Artigo 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato.” “Artigo 461. A alienação aleatória a que

dos contratantes, o direito de receber integralmente aquilo que foi combinado será da outra parte. Ainda, se o objeto do contrato aleatório for coisa futura, ou mesmo coisa existente exposta a risco, e o adquirente assuma tal risco, a parte alienante terá direito ao preço integral, mesmo se a quantidade for inferior àquela combinada, exceto se da coisa nada existir.

No que se refere especificamente aos contratos empresariais, vale mencionar o entendimento de Maria Luiza P. Alencar M. Feitosa³²¹. Segundo a autora, há até pouco tempo o direito dos contratos era pontuado como instrumento de certezas e de garantias do indivíduo. Diferentemente, o elemento “risco” é aceito e inserido nos contratos firmados no âmbito da globalização financeira, denotando seu caráter de implicitude no âmbito contratual empresarial.

Paula Forgioni³²² conclui que os contratos empresariais obedecem a uma lógica diversa daqueles essencialmente civis, que influencia na interpretação daqueles. E continua, ao dizer que é mais do que reconhecido pelo direito positivo brasileiro que qualquer empresário considera o “padrão de normalidade” do mercado para determinar o seu comportamento, para calcular a jogada da contraparte, diminuindo o fator “risco” e tornando sua própria atuação mais eficiente.

Como verificado, o elemento risco põe-se como uma característica implícita dos contratos. De tal forma, a parte contratante que se aventura em tal tipo contratual não pode deixar de questionar até que ponto participar do contrato é compensador a ela. No direito italiano, a opinião de Aldo Boselli³²³ é de que esse cálculo deve levar em conta a possibilidade de o homem médio antever o evento imprevisível e extraordinário no momento da conclusão do contrato. Conforme assevera Wanderley Fernandes³²⁴, no direito a medida aplicável é aquela do homem prudente, ou do chamado “bom pai de família”,

se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa.”

³²¹ FEITOSA, Maria Luiza P. Alencar M. As relações multiformes entre contrato e risco. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 35-58, jul./set. 2005. p. 53 et seq.

³²² FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003. p. 22-23.

³²³ BOSELLI, Aldo. *Eccessiva Onerosità*. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, 3 ed., p. 336, 1957.

³²⁴ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. 2011. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 28.

que, de modo racional, busca o melhor para si próprio e para a família. Já na economia, continua o autor, pressupõe-se que o tomador de decisão é um agente racional que busca sua própria satisfação, medida pelo lucro econômico.

6.2 A IDENTIFICAÇÃO DA ÁLEA NORMAL

Como visto, em todo contrato está implícito um risco esperado ou uma álea normal. No que se refere à assunção de riscos pelas partes, a literatura jurídica tradicional, calcada em critérios estruturais, optou por dividir os contratos em duas categorias, quais sejam, a categoria dos contratos comutativos e a categoria dos contratos aleatórios. Como será visto, tal divisão não se mostrou suficiente. Os primeiros, desde a sua conclusão, teriam as prestações conhecidas, certas, determinadas (ou determináveis) e equivalentes. Já nos contratos aleatórios, dependentes do evento incerto, haveria sempre a incerteza dos contratantes no momento da estipulação do contrato no que se refere às prestações e à probabilidade de ganho ou de perda³²⁵.

Entretanto, tal distinção não se mostrou suficiente para salvaguardar o princípio do equilíbrio contratual no ordenamento jurídico. Tanto assim o é que a legislação veio introduzir remédios para correção e reequilíbrio das relações contratuais, como a resolução ou a revisão dos contratos por onerosidade excessiva e, também, a lesão. Isso porque tal princípio, em constante interação com os demais princípios estudados anteriormente, deve ter incidência indistinta sobre todas as relações contratuais. Para isso, é fundamental identificar o marco a partir do qual o equilíbrio deveria ser reestabelecido e, como consequência, até que ponto o risco foi implicitamente assumido pelas partes.

A álea normal seria justamente a medida do risco econômico da causa do negócio combinado pelas partes, ou seja, a oscilação de valor de prestações já determinadas. Nesse sentido, Stéphanie Porchy-Simon³²⁶ menciona que o desequilíbrio do contrato em razão de uma mudança das circunstâncias econômicas só é possibilitado pela falta de previsão das partes contratantes no que se refere a adaptações contratuais em caso de mudanças no

³²⁵ Vale destacar que, para qualificação de negócios em aleatórios ou comutativos, fala-se em perda e ganho/lucro e prejuízo em sentido jurídico, ou seja, em termos de atribuição patrimonial. O conceito econômico de perda e ganho/lucro e prejuízo não qualifica o negócio como aleatório ou comutativo.

³²⁶ PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit civil: les obligations*. 6ème ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 177-178.

cenário econômico, especialmente por meio das cláusulas de revisão contratual e de indexação.

É importante lembrar que, em razão da autonomia privada, os particulares têm maior liberdade no que se refere à alocação dos riscos nos contratos. Justamente por isso, a identificação concreta do espaço ocupado pela álea normal e a análise da distribuição de risco quista pelas partes quando da conclusão de um contrato podem ser tarefas um tanto complexas³²⁷. Não apenas as particularidades do caso concreto, mas também as contínuas exigências oriundas da própria dinâmica do mercado por estruturas contratuais atípicas contribuem para tornar a referida identificação ainda menos simples.

Dessa forma, as partes podem optar por dilatar a álea normal do contrato, gerando uma álea convencionada, de caráter qualitativo igual ao da álea normal, porém quantitativamente maior. Tal alongamento se dá na assunção, por uma das partes, de um risco específico, ligado à possibilidade de execução da sua prestação ou mesmo a um elemento da situação contratual, mas não a um risco alheio à causa do contrato (por isso não tem caráter qualitativo). A ampliação dos riscos que serão imputados às partes é capaz de afastar os remédios disponibilizados pelo ordenamento jurídico para reequilibrar a relação contratual afetada pela ocorrência do evento. Em diversos julgados analisados no âmbito da pesquisa jurisprudencial realizada para fins do presente trabalho e melhor explicitada mais à frente, o Judiciário não aplicou a correção do desequilíbrio contratual, por considerar que o ocorrido era risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio, especialmente no que se referia a alteração de preço em contrato de entrega futura, insucesso comercial na atividade privada, contratações a preço fixo, desaquecimento do mercado, dentre outros exemplos.

Como caminho para identificação da álea normal do contrato, pode-se questionar em primeiro plano se o negócio é comutativo ou aleatório. Em segundo lugar, analisar se o evento imprevisível e extraordinário integra a álea normal do contrato ou a álea do esquema causal do contrato aleatório. Feita a identificação, caso se trate de um contrato comutativo, deve-se verificar se o evento imprevisível e extraordinário gerou onerosidade excessiva da prestação que exceda a álea normal do contrato. E, caso se trate de um

³²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 217-218.

contrato aleatório, verificar se o evento imprevisível e extraordinário extrapolou a álea que integra a causa do negócio³²⁸.

A importância na identificação da extensão da álea normal do contrato, na visão de Aldo Boselli³²⁹, reside no fato de que é a partir de tal limite que o contrato comutativo passa a se comportar como um verdadeiro contrato de natureza aleatória, ou seja, a partir de tal ponto, no que se refere ao risco assumido, ficaria implícita a incerteza da vantagem econômica das partes. Entretanto, adverte Nicòlo Rosario³³⁰, o contrato comutativo com dilatação da álea normal por vontade das partes não se torna, por isso, um contrato aleatório em sua causa. Mas, continua, o âmbito alongado da álea normal torna-se o limite preclusivo para a aplicação da onerosidade excessiva.

Adverte Enzo Roppo³³¹ que a álea normal do contrato, nos contratos de duração, não é passível de verificação de modo geral e abstrato, pois sua variação depende dos diferentes tipos de negócio, dos mercados, das conjunturas econômicas, dentre outros aspectos. Os riscos tipicamente conexos com a operação são aqueles que se inserem no andamento médio do mercado em que está inserido. Assim, em linha com o exposto até o momento, o contrato somente é passível de ser revisado ou resolvido caso a onerosidade excessiva seja decorrente de acontecimento que exceder a álea normal do contrato, ou seja, se um risco absolutamente anômalo se concretizar.

Nelson Borges³³², em seu trabalho sobre a teoria da imprevisão e os contratos aleatórios, identifica três tipos de áleas possíveis no contrato de natureza aleatória, quais sejam, a álea normal, a anormal e a *sui generis*. A álea normal é aquela comum na contratação de obrigações assumidas para serem executadas no futuro, em que os incidentes de percurso contratual são previsíveis no ato vinculativo. Já a álea anormal é definida como o espaço dos fatos imprevisíveis, incomuns e extraordinários de natureza extracontratual, denominada pelo autor de “aura contratual”. Por último, a álea *sui generis*

³²⁸ BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 157-158.

³²⁹ BOSELLI, Aldo. *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. Torino: UTET, 1952. p. 178.

³³⁰ NICÒLO, Rosario. *Alea*. *Enciclopedia del diritto*, v. I, p. 1027 e ss, 1954.

³³¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947. p. 262 et seq.

³³² BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 757-771. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4).

é aquela marcada pela dúvida e pela incerteza da contraprestação. Passa-se a estudar no próximo tópico a possibilidade de aplicar, nos contratos de cunho aleatório, a teoria da imprevisão e o mecanismo de reequilíbrio contratual da onerosidade excessiva.

Victoire Lasbordes³³³ diferencia a álea jurídica da álea econômica. Referindo-se ao trabalho de A. Morin³³⁴, destaca o critério de diferenciação da natureza da álea. O contrato é juridicamente aleatório se a álea é jurídica ou estrutural. Mas é economicamente aleatório se a natureza da álea é econômica ou conjuntural. A álea jurídica constitui-se por um evento incerto, externo às partes e está localizada no cerne da relação contratual, justificando o desequilíbrio inicial das prestações, ou seja, o contrato é de natureza aleatória por si só. Já na álea econômica, o contrato torna-se aleatório devido à duração da execução, isto é, a álea econômica introduz uma incerteza quanto à validade de uma prestação, a qual pode referir-se ao próprio objeto da prestação ou à certas disposições contratuais ou, por outro lado, ao ambiente contratual, o qual alterar o valor das prestações, por exemplo, o mercado de ações que expõe o valor das ações a incessantes variações.

6.3 ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS ALEATÓRIOS

Por meio de uma revisão da literatura jurídica tradicional³³⁵ sobre o tema objeto do presente tópico, verifica-se uma posição pela incompatibilidade entre a excessiva onerosidade e o risco implícito no contrato, possivelmente inspirada pelos autores italianos³³⁶. Isso porque a desproporção que pode ocorrer não seria uma anomalia, mas sim um risco intrínseco ao próprio contrato, não cabendo, portanto, qualquer remédio de

³³³ LASBORDES, Victoire. *Les contrats déséquilibrés*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille – Puam Faculté de Droit et de Science Politique: 2000. tomo 1. p. 63-66.

³³⁴ A. Morin. Contribution à l'étude des contrats aléatoires, thèse Paris IX, 1995 apud LASBORDES, Victoire. *Les contrats déséquilibrés*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille – Puam Faculté de Droit et de Science Politique: 2000. tomo 1. p. 63-66.

³³⁵ Na literatura jurídica brasileira pode-se citar: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005. v. 3. p. 167. GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 180. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fonte das obrigações – contratos*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3. p. 116. Na literatura jurídica italiana pode-se citar: CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 38. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 3. p. 623. MARESCA, Giovanni. *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*. Napoli: Giannini, 1979, p. 14 apud BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

³³⁶ Vale destacar que o Código Civil italiano proibiu de forma expressa a aplicação dos mecanismos legais de reequilíbrio contratual aos contratos aleatórios. Entretanto, o NCC (que se inspirou no Código Civil italiano para elaboração dos seus artigos 477, 478 e 479) não trouxe em sua redação tal proibição, podendo-se supor que tal proibição não é válida no ordenamento jurídico brasileiro.

correção ao desequilíbrio contratual³³⁷. Diz Orlando Gomes³³⁸ que a rescisão por onerosidade excessiva cabe unicamente aos contratos comutativos, não se justificando, obviamente, nos aleatórios. Entretanto, pode-se observar que autores clássicos já admitem a aplicação do instituto da onerosidade excessiva nas situações em que o evento extraordinário e imprevisível não tenha relação com o risco implícito da estrutura contratual firmada pelas partes.

Nessa esteira, podemos citar Caio Mário da Silva Pereira³³⁹, que, inspirado pela Jornada de Direito Civil³⁴⁰, entende possível a revisão ou a resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que tal evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.

Isso porque o artigo 478 do NCC³⁴¹ não veda por completo a aplicação da onerosidade excessiva em contratos aleatórios, em razão do princípio do equilíbrio econômico dos contratos. Entretanto, para que os remédios de correção do desequilíbrio possam ser aplicados é necessária a identificação clara do evento extraordinário e

³³⁷ O exemplo citado por Stéphanie Porchy-Simon, professora da Université Lyon III, é o reequilíbrio contratual pela lesão em contratos aleatórios. Como a lesão é caracterizada pelo desequilíbrio das prestações contratuais existentes no momento da formação do contrato, que causa um prejuízo econômico a uma das partes em razão de uma falta de equivalência das prestações, tal instituto só poderia ser aplicado em contratos comutativos, uma vez que, ao aceitar a incerteza quanto ao objeto das prestações, as partes implicitamente abandonaram qualquer ideia de equivalência. E menciona o adágio “l'aléa chasse la lésion”. PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit civil: les obligations*. 6ème ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 105.

³³⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 180.

³³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013. v. 3. p. 147 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005. v. 3, p. 167. Vale apontar que, na 12ª edição da mesma obra, tal conceito não estava presente; o autor era claro em dizer que “Nunca haverá espaço para aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisível, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito predeterminado”.

³⁴⁰ “Enunciado 440 – Art. 478: É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 64.

³⁴¹ “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.”

imprevisível que cause onerosidade à prestação, extrapolando a álea normal do negócio *in concreto*³⁴².

Francesco Marcario³⁴³ em obra específica sobre ajuste e renegociação no contrato de longa duração afirma que não se pode deixar de lado o problema da identificação dos limites do conceito de álea normal do contrato, ou seja, quais os critérios legais de distribuição do risco contratual. A álea normal constitui um critério pelo qual se deve realizar um cálculo, ou seja, a álea normal determina não só que se limite a aplicação da legislação sobre a resolução contratual, mas também (e sobretudo) que se considere o elemento legal da conjunção do negócio, do qual o contrato é uma expressão, incluindo o contexto do mercado.

A álea normal não é afetada pelo simples fato de que as partes contratantes, no exercício do seu direito à autorregulação do contrato, chegaram a acordo sobre uma medida convencional de risco, a qual, como regra bem definida, longe de eliminar o risco normal, é fixar um limite no qual não há espaço para ajustes nem *a fortiori* para a extinção do contrato.

Excedendo o limite da álea normal, o bom funcionamento da cláusula de ajustamento (graças à interação equilibrada de parâmetros selecionados pelas partes) faz com que o desequilíbrio esteja contido dentro da álea normal e, portanto, não impõe a um contratante sacrifício maior do que inicialmente acordado. A necessidade de procurar na álea normal o critério da repartição de risco surge, portanto, nas hipóteses em que, devido a eventos que não são considerados negociados em sua totalidade pelos contratantes ou não considerado nas proporções em que eles realmente ocorreram, as cláusulas de modificação não permitem a correção do contrato dentro dos limites convencionalmente estabelecidos. Lembra ainda da suposta coincidência verificada entre os conceitos de onerosidade excessiva e superação da álea normal, o que sugeriria, a princípio, uma duplicação substancial dos elementos necessários para o pedido de resolução contratual. Entretanto, os dois requisitos estão operando em níveis diferentes, de forma que a onerosidade excessiva

³⁴² BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 160 e 165.

³⁴³ MARCARIO, Francesco. *Adeguamento e rinigoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996. p. 239-243.

assume o parâmetro meramente quantitativo dos efeitos do evento superveniente e aleatoriedade como o parâmetro qualitativo.

A identificação da real álea que define o contrato como aleatório é a chave para que se entenda a aplicação dos mecanismos de correção do desequilíbrio contratual (por meio da aplicação da onerosidade excessiva, por exemplo) nos contratos aleatórios, respeitadas as suas peculiaridades, demonstrando a compatibilidade entre o equilíbrio contratual e o contrato de cunho aleatório³⁴⁴.

Nelson Borges³⁴⁵ afirma categoricamente que a teoria da imprevisão sempre será aplicável aos contratos aleatórios, desde que o evento alterador da base contratual não se relacione com sua álea específica de incerteza. Se o evento alterador estiver ligado à álea específica de incerteza daquele contrato, não há que se falar em aplicação da onerosidade excessiva. E adverte sobre um critério rígido de aplicação, sob pena de desvirtuamento da finalidade desse mecanismo de reequilíbrio contratual, trazendo insegurança nas relações jurídicas.

Para o mencionado autor³⁴⁶, de acordo com a divisão das três áleas mencionada, é clara a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão sobre o desequilíbrio oriundo de um evento de álea anormal, pois o fato imprevisível incidiria sobre a álea incomum, fora do campo de dúvidas da convenção, sem qualquer relação com a natureza aleatória dessas convenções.

José de Oliveira Ascensão³⁴⁷ também reconhece a relevância da alteração das circunstâncias nos contratos aleatórios, pois “o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser atingido”. Como exemplo, o professor português cita a

³⁴⁴ BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 263.

³⁴⁵ BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 757-771. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4). p. 762 e 766.

³⁴⁶ BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 757-771. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4). p. 772.

³⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil*. Biblioteca Digital Ius Commune. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira5.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2013. p. 14.

aplicação na bolsa de valores: “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”.

Anne-Cécile Martin³⁴⁸ traz a diferença radical entre risco e imprevisão, destacando que o primeiro serve para avaliar as possibilidades de fracasso e as chances de sucesso. Já o segundo conceito é o resultado de uma avaliação ruim de risco, mas não é em si um evento dotado de risco. E lembra o cuidado do direito privado dos contratos com a admissão desenfreada da revisão contratual em razão da possível destruição da segurança das relações contratuais e da colocação do fundamento da autonomia da vontade das partes em cheque. Para a autora, o risco não se refere a um evento, mas sim à probabilidade de sua ocorrência e carrega uma dimensão necessariamente negativa, mas, no entanto, pode haver no curso contratual “surpresas agradáveis”, ou seja, a realização da dimensão positiva do risco. Lembra que, no entanto, a alocação de risco nem sempre consiste em uma atribuição integral a uma ou outra parte, mas sim que pode resultar em uma partilha de riscos, de forma que ambas as partes terão seus deveres recíprocos e, ao final da relação contratual, colher a participação nos lucros em relação ao qual se comprometeram a assumir uma parte do risco. Tal categoria de contratos aleatórios ou de riscos com compartilhamento dos lucros reflete conformidade com a segurança jurídica e justiça comutativa, pois seu regime leva a uma compensação justa para os riscos que tenham sido aceitos.

É verdade que a dificuldade de fornecer conotações legais precisas do conceito de aleatoriedade parece ser mais difícil na relação contratual de longo prazo, muitas vezes complicada pela presença de características especiais. Por outro lado, a observação da prática contratual ajuda a reforçar a ideia da falta de apetite dos contratantes ao risco. O maior número de indicações para avaliar o apetite pelo risco dos contratantes é formado por indicativos como: a escolha de certo parâmetro a partir do qual o risco é considerado extraordinário; a extensão de seu impacto sobre a economia do contrato; a previsão de certo desequilíbrio mínimo³⁴⁹.

³⁴⁸ MARTIN, Anne-Cécile. *L'imputation des risques entre contractants*. Paris: LGDJ Lextenso, 2009. p. 5-12.

³⁴⁹ MARCARIO, Francesco. *Adeguamento e rinigoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996. p. 239-243.

Um ponto parece certo para Francesco Marcario³⁵⁰: a mera pactuação de cláusulas de reajuste não é suficiente para eliminar a álea. A garantia de estabilidade que as cláusulas de reajuste em questão pretendem dar à relação contratual não pode ser, é claro, absoluta. A necessidade de analisar o risco *ex post* mesmo na vigência do contrato redigido com mecanismos convencionais de adaptação, pode levar à conclusão de que a modificação equitativa das condições constitui a solução jurídica mais adequada nos contratos em que as partes já concordaram sobre as modalidades para o realinhamento de suas obrigações. Nesses casos, é na verdade supor que o interesse das partes para a conservação da relação contratual, mesmo que modificada, supera o da dissolução.

Em uma análise econômica da resolução e da revisão contratual por fato superveniente, Leandro Martins Zanitelli³⁵¹ identifica que os riscos contratuais não são totalmente alocados entre as partes do contrato por uma questão de custo de transação para realizar tal distribuição. A alocação de riscos entre as partes contratantes objetivaria a eficiência contratual e a distribuição dos riscos para aqueles que podem melhor segurá-los. Entretanto, a falta de informação e a racionalidade limitada tornam os contratos incompletos, necessitando, em caso de evento superveniente, de intervenção estatal. Vale apontar que o autor não considera que há riscos que não são alocados simplesmente porque as partes desconhecem sua existência. E são justamente esses riscos que configuram a aleatoriedade dos contratos sujeita à revisão judicial por onerosidade excessiva.

A relação entre risco e aplicação da onerosidade excessiva foi matéria de discussão na I Jornada de Direito Comercial³⁵². O enunciado 25 foi resultado da referida relação, haja vista que o elemento risco integra não apenas a função econômica objetivada pelas partes nos contratos, mas também a natureza do objeto de tal pacto. Tal enunciado sugere que “a revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato”. E acrescenta: “Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles

³⁵⁰ MARCARIO, Francesco. *Adeguamento e rinigoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996. p. 239-243.

³⁵¹ ZANITELLI, Leando Martins. Resolução e revisão contratual por fato superveniente: justiça e eficiência na alocação de riscos contratuais. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, n. 15, p. 69-92, jan./jun. 2011.

³⁵² JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1, 2012, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

acordada”³⁵³. No momento em que o enunciado se refere à natureza do objeto do contrato, está justamente fazendo referência à possibilidade de ocorrência de fato imprevisível sobre aquela álea que não tem nenhuma relação com a natureza aleatória dessas convenções.

Como exemplo, pode-se citar o contrato de derivativos, cujo objeto tem, em sua natureza, justamente o risco. Isso se justifica em razão da incerteza concernente às flutuações que as grandezas econômicas referenciadas em tais instrumentos financeiros podem sofrer no tempo. Como a própria álea normal desse tipo de negócio é de caráter irrestrito, não é possível o evento imprevisível; já o parâmetro financeiro eleito pelas partes como referenciador é conhecido e suas oscilações são esperadas. A I Jornada de Direito Comercial³⁵⁴ deu a mesma interpretação por meio do seu Enunciado 35: “Não haverá revisão ou resolução dos contratos de derivativos por imprevisibilidade e onerosidade excessiva”. Isso porque não há que se falar em aplicação direta da onerosidade excessiva em contrato cujo objeto é muito mais o risco do que a própria prestação pactuada.

Em trabalho específico sobre a aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de derivativo, Paula Greco Bandeira³⁵⁵ traz a definição de contrato de derivativo. São contratos atípicos, de natureza financeira, consistentes na negociação a termo de uma importância econômica e na relativa valorização autônoma do diferencial decorrente do confronto entre o preço da importância no momento da estipulação e seu valor no prazo acordado para a execução. Essa variação dos parâmetros financeiros consiste justamente no risco econômico do negócio, ou seja, em sua álea normal. Em razão dessa possibilidade de diferença de valor e haja vista que o sinalagma da relação se encontra justamente na contraposição de obrigações existentes na liquidação do diferencial, é um contrato de álea normal ilimitada, quantitativamente. Entretanto, continua a autora, caso haja desequilíbrio

³⁵³ Tal conceito também foi matéria de enunciado na Jornada de Direito Civil. “Enunciado 439 – Art. 478: A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 64.

³⁵⁴ JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1, 2012, Brasília. *Anais...* Brasília: CJP, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 54.

³⁵⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos de derivativo e a teoria da imprevisão. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 773-779. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4). Em tal bibliografia, a autora dá notícia do reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da existência de limite previsível para variação cambial, o qual, uma vez ultrapassado, importa desequilíbrio na relação contratual. TJRJ, AgIn 2009.002.0886-7, 2ª Câ. Civ., j. 01.04.2009, rel. des. Alexandre Freitas Câmara.

do contrato de derivativo provocado por eventos imprevisíveis, extraordinários e alheios aos contratantes, e, mais importante, que não se relacionem à variação do parâmetro de referência (pois isso está englobado na álea normal), admite-se a revisão ou a resolução por excessiva onerosidade.

Entretanto, questiona-se aqui o modo como o direito deve lidar com esse tipo de situação. Paula Forgioni³⁵⁶ reitera que se faz necessário atentar para que o texto do NCC não seja aplicado de modo a neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis no mercado. Explica melhor dizendo que a álea normal dos negócios foi ignorada pelo NCC em aspectos fundamentais. Questiona se foi ignorada a “incerteza sobre a margem dos prejuízos ou do lucro superveniente” e afirma que, em tal caso, a “matéria de risco assumido, sendo por definição matéria de normal álea do contrato”, seria presumida. Diante de tal lacuna da nossa legislação, orienta a autora aos juristas, tanto acadêmicos quanto no exercício da advocacia, se desdobrarem para, analisando os fatos concretos, subsumi-los a textos normativos que não foram concebidos para a disciplina da atividade dos negócios.

Judith Martins-Costa³⁵⁷ traz importante mecanismo por meio do qual o direito pode lidar com a modificação da equação contratual por conta de um evento superveniente mas não necessariamente imprevisível e extraordinário. Um dos mecanismos adaptativos do desequilíbrio do programa contratual inicialmente quisto pelas partes é a chamada “cláusula de renegociação”, ou, na linguagem estrangeira, cláusula de *hardship*. Judith Martins-Costa lembra que nada obsta a pactuação de cláusulas de renegociação, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo as partes liberdade para modelar o conteúdo contratual, em decorrência do que preceitua o artigo 425³⁵⁸ do NCC.

A autora esclarece que as situações de *hardship* (isto é, de rigor excessivo ou de dificuldades que podem gerar estados de aflição ou infortúnios) passaram a fazer parte das cláusulas contratuais como causa de alteração daquilo que foi pactuado, objetivando a

³⁵⁶ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003. p. 22-23.

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 7, v. 25, p. 11-39, abr./jun. 2010.

³⁵⁸ “Artigo 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

minimização da situação aflitiva que, por força do *hardship*, atacaria um ou ambos os contraentes e, também, o próprio contrato. Ou seja, ao estabelecer uma cláusula de renegociação e as situações em que tal renegociação aconteceria, as partes estariam prevendo que poderiam acontecer eventos supervenientes impactando no programa contratual, possibilitando o redesenho do contrato de longa duração para um novo regime. Lembra, ainda, que, uma vez desencadeada a atuação da referida cláusula, as partes não deverão questionar o caráter imprevisível e extraordinário do evento que caracterizou a situação de *hardship* nem, tampouco, se tal situação era risco implícito do negócio ou, então, a diligência do contratante no cálculo dos riscos. Isso porque se tratará não apenas de eventos previsíveis, mas principalmente de eventos previstos, e, por isso mesmo, por expressa declaração de vontade das partes, dão causa ao dever de renegociar, com o objetivo de manter o sinalagma contratual inicialmente configurado na conclusão do ajuste.

No presente trabalho a questão da alocação do risco pelas partes se põe como de suma importância. Isso porque, em um contrato que regula o relacionamento, as obrigações e os direitos entre acionistas de uma companhia, é de se supor que, no momento do cumprimento dos pactos avençados, alterações no mercado, ambiente dotado de incertezas, ocorram. Entretanto, questiona-se, outrossim, o sentido da onerosidade excessiva no mundo de hoje, uma vez que, claramente, os negócios pactuados são sempre sujeito a riscos e as partes os assumem.

Nos acordos de acionistas, por exemplo, faz-se mister verificar os limites do risco implícito e, também, identificar quais riscos estariam além do campo de dúvidas, sem nenhuma relação com a natureza aleatória de determinadas cláusulas do próprio acordo de acionistas. Obviamente podem ocorrer eventos de caráter imprevisível e extraordinário, os quais têm o condão de provocar alterações das prestações pactuadas no acordo de acionistas tornando-as excessivamente onerosas para qualquer uma das partes. Mas, por outro lado, propõe-se pensar se tais possibilidades não configuram um elemento implícito da relação pactuada, deixando a aplicação da onerosidade excessiva limitada. Para ilustrar, podemos mencionar a cláusula, comumente inserida em acordos de acionistas, de opção de venda e de compra de ações. O exercício da opção poderia ser dar, por um período de tempo, por preço determinável por um múltiplo ou por uma fórmula e, depois, por valor de mercado. Caso houvesse, no final do período em que o exercício da opção teria seu preço

dado pelo múltiplo ou pela fórmula, um valor de mercado discrepante, alguma das partes exerceria sua opção, para vender caro ou para comprar barato. Entretanto, os riscos inerentes ao possível benefício da compradora ou da vendedora no exercício da opção teriam sido aceitos pelas partes no momento da conclusão do acordo de acionistas, sendo implícito, claramente dentro da natureza do negócio celebrado, não havendo que se falar em onerosidade excessiva para a parte prejudicada.

Por outro lado, vale lembrar, também, o parecer de Luiz Gastão Paes de Barros Leães³⁵⁹ sobre o exercício de uma opção de venda de determinado percentual de ações representativas do capital social de uma companhia para um investidor. Ocorreu que, apesar de a fórmula para o cálculo do preço de exercício da referida opção ter sido livremente convencionada entre as partes, no momento em que seria exercida a opção se verificou que o preço para a execução da opção era deveras incompatível com o valor “real” das ações da companhia objeto. Foi verificada uma diferença de 300% entre o preço de exercício e o preço patrimonial das ações. Leães lembra que a opção é um pacto definitivo semicompleto de compra e venda, mas que sua semicompletude não é capaz de tirar a respectiva natureza de contrato comutativo. Importa lembrar que qualquer contrato, como visto, possui a sua álea normal, riscos que se localizam em uma esfera previamente assumida pelos contratantes, que englobam a possibilidade tanto de favorecimento quanto de prejuízo da compradora ou da vendedora no exercício da opção. Nesse caso, Leães desconstrói a tese da irretratabilidade do acordo de vontades com as possíveis atenuações, trazendo os exemplos dos institutos da onerosidade excessiva e da lesão, optando por encaixar o caso analisado no último deles, em razão de ter sido verificado um dolo de aproveitamento de uma parte em prejuízo da outra.

³⁵⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Lesão enorme em contrato comutativo e *put option agreement*. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. p. 509-518.

PARTE II

7 ACORDO DE ACIONISTAS

Como já explicitado, no presente trabalho pretende-se verificar a possibilidade da aplicação da teoria da onerosidade excessiva às cláusulas de acordos de acionistas, tipo contratual cada vez mais presente na realidade empresarial brasileira.

Numa visão histórica, em razão, principalmente, da ainda tímida economia brasileira dos anos 1940 e 1950, marcada essencialmente pela agropecuária e pela industrialização incipiente, o ambiente negocial brasileiro ainda não exercia pressão para regulamentação do acordo de acionistas. O direito brasileiro anterior à Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LSA), regido pelo Decreto-Lei nº 2.627/1940, não mencionava em seus dispositivos nenhuma letra sobre o tipo contratual aqui estudado.

Também a literatura jurídica relevante da época estava em debate. Determinada vertente afirmava que o acordo de votos era um instituto absolutamente impossível no direito brasileiro³⁶⁰. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto³⁶¹ se posicionava contra o instituto já que, segundo ele, representava um constrangimento à liberdade intelectual e à consciência moral do acionista, além de ser um ataque às premissas do sistema de decisão por assembleia nas companhias.

Rubens Requião³⁶², por seu turno, entendia que, não obstante o desconhecimento, pela legislação brasileira, do acordo de acionistas, a doutrina, feita exceção a alguns juristas, inclinava-se a admiti-lo. As obrigações pactuadas em um acordo de acionistas à época somente envolviam os próprios acionistas e se estabeleciam entre estes, não sendo oponível à validade de deliberação das assembleias gerais caso uma das partes não atuasse conforme pactuado.

³⁶⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2. p. 401.

³⁶¹ CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedades por ações: comentários ao Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, com as alterações da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 - Lei do mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 2. p. 354.

³⁶² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 167.

Se até a década de 1950 a economia industrial brasileira era tímida, na década de 1960 tal cenário começou a se alterar de forma importante. O surgimento das empresas de grande porte, os grupos empresariais, as companhias cujo capital deveria ser majoritariamente nacional, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES — ou BNDE, na época) como acionista nacional estratégico em determinadas empresas, a entrada das multinacionais no cenário econômico brasileiro, dentre outros diversos fatores, tornaram o acordo de acionistas um contrato bastante utilizado na prática negocial brasileira, a despeito de sua não previsão em lei, da falta de jurisprudência a respeito e da doutrina posicionada contrariamente³⁶³. O acordo de acionistas tornou-se, assim, um instrumento de grande relevância e segurança no que diz respeito à atração de capital e à possibilidade do desenvolvimento tecnológico e econômico do país³⁶⁴.

Claro que, em meio a tal escassez de efetividade jurídica, verificaram-se a fragilidade da execução jurisdicional e o não obedecimento do acordo de acionistas pela companhia, dentre outros fatores, denotando a pouca solidez do contrato referido. Não se pode negar o pioneirismo da LSA em reconhecer o acordo de acionistas, especialmente no que se refere aos acordos de voto, aos efeitos em relação à companhia e à execução específica. Na sua reforma, propiciada pela Lei nº 10.303/2001, algumas imprecisões surgidas da aplicação da legislação já em vigor foram solucionadas, de modo a tornar o instituto mais eficaz e sólido³⁶⁵.

Hoje o acordo de acionistas faz-se presente de forma muito relevante no ambiente negocial brasileiro. Em pesquisa sobre a relevância quantitativa de tais contratos em companhias listadas no segmento do Novo Mercado, nota-se que acionistas de 51 das 125 companhias celebraram esse tipo de acordo³⁶⁶. Para aqueles atuantes na advocacia empresarial, também se faz notável o percentual de acordo de acionistas em negociações envolvendo companhias fechadas.

³⁶³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 454.

³⁶⁴ WALD, Arnaldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36 (Nova Série), n. 110, p. 7-15, abr./jun. 1998. p. 12.

³⁶⁵ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 455.

³⁶⁶ Dados obtidos nos formulários de referência disponibilizados pelas companhias no endereço eletrônico <www.cvm.gov.br>, acessado em 1 jan. 2012.

Nas palavras de Fran Martins³⁶⁷, o acordo de acionistas “ocorre” quando dois ou mais acionistas convencionam adotar, extraestatutariamente, uma orientação comum para o exercício de direitos que possuem em relação à sociedade. E continua: “podem esses acordos versar sobre mais de um dos direitos de acionista, comumente o acordo é realizado tendo em vista o exercício do direito de voto”, podendo, então, ser de negócio jurídico de trato sucessivo ou não.

Isso posto, importante lembrar a Exposição Justificativa do Projeto da LSA, que apontou, já naquela época, a relevância do estudado tipo contratual para a vida comercial:

O artigo 118 regula o acordo de acionistas - modalidade contratual de prática intensa em todas as latitudes, mas que os códigos teimam em ignorar. *Ocorre que essa figura jurídica é da maior importância para a vida comercial, e a ausência de disciplina legal é, certamente, a causa de grande número dos abusos e malefícios que se lhe atribuem.* Com efeito, como alternativa à holding (solução buscada por acionistas que pretendem o controle pré-constituído, mas que apresenta os inconvenientes da transferência definitiva das ações para outra sociedade) e ao acordo oculto e irresponsável (de eficácia duvidosa em grande número de casos), cumpre dar disciplina própria ao acordo de acionistas que, uma vez arquivado na sede da companhia e averbado nos registros ou nos títulos, é oponível a terceiros e tem execução específica. Trazido, pois, à publicidade (§ 5º do art. 118), esses acordos representam ponto médio entre a holding e o acordo oculto, com as vantagens legítimas que ambos podem apresentar, e sem os inconvenientes para a companhia ou para os sócios, que também podem acarretar.³⁶⁸

A pretensão do acionista ao celebrar um contrato de tal tipo é, obviamente, garantir segurança sobre o pactuado durante o tempo em que continuará exercendo a figura de acionista de determinada companhia. Entretanto, não se pode negar o evidente risco próprio do ambiente empresarial em que tal tipo contratual está inserido. Esse risco traz, de forma até pressuposta, uma incerteza em razão da ocorrência de eventos supervenientes à época da celebração do negócio que leve o acionista a ter de cumprir as obrigações avençadas no acordo em condições completamente diferentes daquelas do ambiente em que o acordo foi negociado.

³⁶⁷ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2. tomo 1. Comentário ao artigo 118.

³⁶⁸ MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Exposição de Motivos n. 196, de 24 de junho de 1976*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>. Acesso em: 20 set. 2013. (grifos nossos).

Um dos desafios fundamentais para tentar compreender o modo como deveria o direito lidar com essa situação é entender se tais eventos supervenientes estariam abarcados no conceito de álea normal desse tipo contratual, ou, mais especificamente, no objeto específico da cláusula, bem como quais seriam os critérios determinantes da álea normal. Para isso, faz-se relevante verificar o objetivo e a natureza das cláusulas pactuadas, bem como se certo evento superveniente que torne obrigação de acionista excessivamente onerosa deve ser considerado como risco implícito em razão da natureza da cláusula contratual combinada. Fica também a questão: quais seriam os instrumentos disponibilizados pelo direito para evitar abusos nesse sentido?

7.1 POSICIONAMENTO DO ACORDO DE ACIONISTAS NA TEORIA DOS CONTRATOS

Passa-se agora a discorrer sobre a natureza jurídica própria do acordo de acionistas, positivado apenas em 1976 por ocasião da LSA, como dito. Com a referida positivação, diversas literaturas jurídicas relevantes se puseram a estudar o tema.

O primeiro debate que se coloca é sobre a natureza contratual ou não do acordo de acionistas. Para Rachel Sztajn³⁶⁹, o acordo de acionistas é um negócio jurídico plurilateral. O fundamento teórico de sua opinião é o conceito legal de contrato, na falta de tal noção no NCC, no direito civil italiano³⁷⁰, que estipula que o contrato é um acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial. Não se nota, segundo a autora, qualquer cunho patrimonial no acordo de acionistas, devendo este ser considerado um negócio jurídico singular.

Já para Fábio Konder Comparato³⁷¹ e para Celso Barbi Filho³⁷², o acordo de acionistas tem, claramente, natureza contratual. Também importantes são as opiniões de

³⁶⁹ SZTAJN, Rachel. Acordo de acionistas. In: SADDI, Jairo (Org.). *Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB Thomson; Ibme Law, 2002. p. 273-294. p. 277 et seq.

³⁷⁰ Codice Civile italiano. “Art. 1321 Nozione. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.”

³⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do artigo 118 da Lei das S.A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, p. 32-38, set. 1979. p. 33.

³⁷² BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 35-36.

Nelson Eizerik³⁷³, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa³⁷⁴, Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro³⁷⁵. Para esses três últimos, o acordo de acionistas tem, obviamente, caráter contratual. Para Nelson Eizerik, o caráter contratual do acordo de acionistas não é atingido pelo fato de sua regência se dar pela Lei Societária. A perspectiva dos autores mencionados é de que o caráter patrimonial está, sim, presente no acordo de acionistas. Isso porque não se pode tirar dele a perspectiva econômica, haja vista as suas cláusulas de cunho político — portanto, patrimonial, de forma direta ou indireta.

Celso Barbi Filho³⁷⁶ estabelece que o acordo de acionistas, por ser celebrado entre determinados acionistas de uma mesma companhia, distinto dos atos constitutivos dessa companhia, tem por objeto o exercício dos direitos decorrentes da titularidade das ações, posiciona-se na teoria dos contratos como um negócio jurídico de direito privado, constituindo-se em um contrato civil, nominado, parassocial em relação à companhia³⁷⁷, preliminar e plurilateral quanto aos interesses que congrega, e, quanto às obrigações que impõe às partes, pode ser plurilateral, bilateral ou unilateral. Assim, o acordo de acionista baseia sua validade no diploma civil. Passa-se a examinar, individualmente, cada uma dessas qualificações.

Negócio jurídico de direito privado

Como o acordo de acionista tem como fonte formal o direito societário e como fonte material o direito das obrigações, se caracteriza como um negócio jurídico de direito privado, cujo eixo, nesse ponto, é o artigo 104³⁷⁸ do NCC. Tal tipo contratual deverá ter agentes capazes (acionistas de uma mesma companhia), objeto lícito³⁷⁹ (estipulação

³⁷³ EIZERIK, Nelson. Acordo de acionistas: arquivamento na sede social – vinculação dos administradores de sociedade controlada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 129, p. 45 a 53, 2003. p. 45 et seq.

³⁷⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2. p. 161-162.

³⁷⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 307 et seq.

³⁷⁶ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 35-36.

³⁷⁷ Para mais: OPPO, Giorgio. *Contratti parassociali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1942. p. 3.

³⁷⁸ “Artigo 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

³⁷⁹ Apontam-se, de acordo com Celso de Albuquerque Barreto, os critérios que definem o objeto do acordo de acionistas como ilícito: (a) não determinação do objeto de forma cabal e completa (possível

relativa à titularidade das ações) e forma escrita³⁸⁰ (para fins de registro na companhia)³⁸¹. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa³⁸² lembra o caráter não pessoal do acordo de acionistas, não sendo um contrato *intuitu personae*, pois o que importa é somente a posição acionária das partes. Assim, o acordo de acionistas é, claro, um contrato de natureza privada, subordinado aos princípios e aos preceitos do direito civil e do direito comercial.

Tipicidade contratual e caráter parassocial

Como está previsto no artigo 118³⁸³ da LSA, é um contrato típico e, também, de caráter parassocial, já que é celebrado sem a interveniência da companhia e não depende dos seus atos constitutivos, apesar de se alicerçar nestes últimos. Como se verá mais adiante, pode-se dividir os objetos tipificados na LSA relacionados aos acordos de acionistas entre (a) aqueles referentes ao exercício do direito de voto e (b) aqueles referentes à compra e à venda das ações. De qualquer sorte, nota-se que o primeiro é uma *fattispecie* relativa à promessa de emitir declaração de vontade, enquanto o segundo é outra *fattispecie*, relativa à promessa de contratar.

Citando Giorgio Oppo³⁸⁴, afirma-se que os contratos parassociais são, concomitantemente, distintos do contrato social e conexos com a relação social, podendo ser divididos em três tipos fundamentais, quais sejam, (a) os que restringem seus efeitos e suas atividades aos acionistas partes do acordo e, até, à companhia, para a qual não há repercussões, vantajosas ou não; (b) os que estipulam vantagens particulares para a

caracterização de delegação de voto plena); (b) cessão do direito de voto sem a transferência da correspondente titularidade da ação; (c) disposições mediante as quais o acionista pretenda obter para si ou para outrem vantagem com a negociação de seu voto (infração penal, art. 177 do Código Penal); (d) violação dos direitos essenciais dos acionistas; (e) violação da legislação antitruste e de proteção à economia popular; (f) abuso do poder de controle; (g) danos ao interesse social; (h) acordos sobre votos de verdade (relativo a votos destinados à aprovação das contas dos administradores). BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. P. 64-66.

³⁸⁰ Tal forma escrita pode ser escritura pública, instrumento particular, troca de cartas etc., de acordo com LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Acordo de acionistas*. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 447.

³⁸¹ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 35-36.

³⁸² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2. p. 161-162.

³⁸³ “Artigo 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.”

³⁸⁴ OPPO, Giorgio. *Contratti parassociali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1942. p. 2 et seq.

companhia não determinadas no estatuto social; e (c) os que irradiam seus efeitos diretamente sobre a companhia.

Caráter preliminar ou definitivo

Outro ponto de discussão na literatura jurídica é a natureza ocupada pelo acordo de acionistas, preliminar ou definitiva. Para aqueles que defendem o caráter preliminar, como Celso Barbi Filho³⁸⁵, Modesto Carvalhosa³⁸⁶, Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro³⁸⁷, no acordo de acionistas são estipuladas obrigações a se realizarem, declarações de vontade a serem emitidas, promessas de compra e venda a serem contratadas, votos a serem proferidos, denotando seu caráter preliminar. Para outros, incluindo Waldirio Bulgarelli³⁸⁸, como a obrigação pactuada no acordo de acionistas é de fazer, e não de contratar no futuro (como, por exemplo, a estipulação de acordo de votos que é obrigação de emitir declaração de vontade³⁸⁹) seria um contrato definitivo. Mas admite Waldirio Bulgarelli que está clara a possibilidade de existência de contrato preliminar, antes de caracterização definitiva do acordo como contrato.

Plurilateralidade – interesses e obrigações

Sobre a teoria do contrato plurilateral, vale lembrar os ensinamentos de Tullio Ascarelli³⁹⁰, o qual reconhece a existência de contratos plurilaterais em que as partes disciplinam as cláusulas dos futuros contratos que poderão ser concluídos entre elas. Em tais contratos, as partes assumem o compromisso recíproco de seguirem uma certa diretriz comum, dentro de determinados limites.

³⁸⁵ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 35-36.

³⁸⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75 et seq.

³⁸⁷ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 307 et seq.

³⁸⁸ BULGARELLI, Waldirio. Validade de disposição de acordo de acionistas de votarem em bloco, assegurando a política gerencial única e necessária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 123, p. 185-187, jul./set. 2001. p. 185.

³⁸⁹ BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

³⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 1. p. 274-331.

O caráter plurilateral verifica-se pois as partes não se enfrentam com interesses concorrentes; tais interesses são comuns quanto ao exercício conjunto e pré-ajustado de seus direitos perante a sociedade. Nesse sentido, no acordo de acionistas não há sinalagma de bilateralidade. O sinalagma é outro. Conforme Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro³⁹¹, é importante que se atente ao caráter convencional dos acordos, certamente distinto do caráter plurilateral e do unilateral. Os acordos unilaterais resultam em obrigações determinadas a apenas um dos contratantes, não se comprometendo os demais contratantes a nenhuma prestação relativa ao exercício de seus direitos sociais. Entretanto, no que se refere aos acordos plurilaterais, há obrigações para todas as partes intervenientes.

Tullio Ascarelli³⁹² lembra que a plurilateralidade de um contrato é verificada se presentes as seguintes características: (a) intervenção de, ao menos, duas partes; (b) reciprocidade simultânea de direitos e obrigações entre todos os contratantes; (c) declaração sucessiva de vontades dos aderentes para formação do contrato; (d) vícios individuais de vontade que não comprometam a validade de todo o negócio jurídico; (e) comunhão de fim; (f) instrumentalidade; e (g) caráter aberto com possibilidade de novas adesões. Assim, verifica a doutrina que o acordo de acionistas é formado por interesses paralelos, e não antagônicos.

Já no que se refere aos efeitos que pode gerar para as partes, o acordo de acionistas pode ser plurilateral, bilateral ou mesmo unilateral. Na primeira hipótese, todas as partes possuem obrigações voltadas para um objetivo comum; na segunda, o acordo somente gera obrigações para duas partes com obrigações sinalagmáticas; e, na terceira, somente uma parte assume obrigações perante as outras partes do acordo³⁹³.

³⁹¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 303.

³⁹² ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 271-283.

³⁹³ BULGARELLI, Waldirio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 40, p. 79-102, out./dez. 1980. p. 92-93. E também: BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 35-36.

Caráter civil

Há, outrossim, a discussão do caráter civil ou mercantil do acordo de acionistas. Waldirio Bulgarelli³⁹⁴ pontua a discussão ao dizer que as diferenças no tratamento dispensado a certos contratos por ambas as legislações, civil e comercial, impõem que se reconheça essa diferenciação na classificação. Orlando Gomes³⁹⁵ complementa ao apontar que a importância na distinção se opera não apenas porque são disciplinados de forma diversa, mas também porque se interpretam por preceitos diversos.

A conceituação de Carvalho de Mendonça lembrada por Fran Martins³⁹⁶ é a de que o contrato mercantil é aquele cujo objeto é um ato de comércio. Por mais que se admita a atipicidade dos objetos pactuados no acordos de acionistas, dificilmente poderá ser classificado como ato de comércio, já que não se identifica intermediação, habitualidade ou fim lucrativo³⁹⁷. Orlando Gomes³⁹⁸ assevera que a distinção entre os contratos civis e os comerciais enseja controvérsia justamente em razão da dificuldade de caracterizar os atos de comércio e lembra que, assim como há contratos essencialmente civis, há também os essencialmente mercantis e que, entretanto, a dificuldade da distinção agrava-se verificada a situação em que os contratos são comuns ao direito civil e ao direito comercial.

Celso Barbi Filho³⁹⁹, em obra destinada ao tema do acordo de acionistas, trata da mencionada discussão. Em tal obra conclui que os vínculos contratuais entre os acionistas de uma companhia, convencionados por meio de acordos, não se classificam, necessariamente, como contratos comerciais, de modo a prevalecer sua natureza civil e sua regulamentação pelas normas do direito civil. Continua o autor a argumentar que, embora tais acordos se liguem às sociedades anônimas, mercantis, por força de lei, seus signatários não serão necessariamente comerciantes. Em artigo mais recente sobre o mesmo tema, o autor consolida seu entendimento de forma firme e argumenta que “as partes não são comerciantes no exercício da profissão de uma mercancia, mas apenas acionistas de uma mesma companhia regulando o exercício dos direitos decorrentes de suas ações”. Nesse

³⁹⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos civis e mercantis*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990. p. 38.

³⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 83.

³⁹⁶ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 77.

³⁹⁷ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 67.

³⁹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 83.

³⁹⁹ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 66-67.

ponto abre-se uma dúvida sobre a afirmação de que os acionistas de uma companhia, no papel de partes de um acordo de acionistas, nunca se configurariam como empresários.

Celso de Albuquerque Barreto⁴⁰⁰ aponta o caráter civil de tais relações e admite que os acionistas de um acordo, por serem pessoas físicas ou jurídicas, podem ser empresários ou não no exercício de seu papel. Na valiosa opinião de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro⁴⁰¹, os acordos de acionistas são instrumentos que geram direitos e obrigações regulados substancialmente pelo direito comum, e não pelo direito das sociedades, apesar de seus efeitos jurídicos dizerem respeito à participação acionária em determinada companhia, em seus vários possíveis desdobramentos. Fábio Konder Comparato⁴⁰², por sua vez, argumenta que, antes ou depois da LSA, o acordo de acionistas somente tem sua validade calcada nas normas do direito comum a par das regras atinentes ao direito societário.

Isso posto, para fins do presente estudo, faz-se necessário verificar quais são as cláusulas pactuadas em acordos de acionistas para que se investigue se, em virtude de fatos supervenientes de caráter imprevisível e extraordinário, ao serem executadas de forma diferida, seria apropriada — e, em caso afirmativo, em que limite — a revisão ou a resolução em virtude de onerosidade excessiva.

7.2 ACORDO DE ACIONISTAS TÍPICO E ATÍPICO

A entrada em vigor da Lei nº 10.303/2001, que alterou a LSA, trouxe algumas inovações na matéria de acordo de acionistas. Como exemplos podem ser mencionados o reconhecimento do referido tipo contratual como instrumento para disciplinar o exercício do poder de controle (*caput* do artigo 118), bem como a possibilidade de o prazo do acordo estar vinculado a termo ou a condição resolutiva nos termos do contrato (artigo 118, § 6º),

⁴⁰⁰ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982 p. 37-38.

⁴⁰¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 305.

⁴⁰² COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do artigo 118 da Lei das S.A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, p. 32-38, set. 1979. p. 34.

dentre várias outras inclusões⁴⁰³. O artigo 118, com as alterações em seu *caput* e a inclusão dos seus últimos seis parágrafos pela lei de 2001, hoje vigora com a seguinte redação:

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§2º Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§4º As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§5º No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembleia-geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§6º O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutiva somente pode ser denunciado segundo suas estipulações.

§7º O mandato outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembleia geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 1º do art. 126 desta Lei.

§8º O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§9º O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissor e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

§10. Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas.

§11. A companhia poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas.

Como exposto, o acordo de acionistas é classificado como um contrato nominado⁴⁰⁴ — ou típico, como prefere Orlando Gomes⁴⁰⁵ — pela doutrina. Entretanto, nada obsta a

⁴⁰³ PRADO, Viviane Muller. Aplicação imediata na nova disciplina sobre acordo de acionistas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 262 a 268, jul./set. 2002. p. 262 et seq.

⁴⁰⁴ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 35-36.

⁴⁰⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 81. Segundo o autor, “os contratos típicos também chamados nominados, e os atípicos, inominados; mas como essas expressões podem induzir a equívoco, porque tiveram significado diverso no Direito Romano, é preferível adotar a outra terminologia, de procedência alemã. A expressão contratos típicos designa os contratos esquematizados

celebração de acordos de acionistas sobre matérias diversas daquelas estipuladas no artigo 118 da LSA. Em obra específica sobre a tipicidade e a atipicidade de acordo de acionistas, Eduardo Lysias Maia Abraão aponta:

contratos atípicos ou inominados são os acordos de vontade lícitos a que a lei não estabelece regime jurídico próprio, estando assim sobretudo sujeitos à disciplina geral, em lugar da especial. Os acordos de acionistas atípicos são, pois, aqueles não especificados em lei e sujeitos à disciplina geral.⁴⁰⁶

Silvio Rodrigues⁴⁰⁷ apontou que os contratos atípicos ou inominados são aqueles não expressamente disciplinados pela legislação, mas são permitidos em razão do princípio da autonomia da vontade, desde que lícitos. O mesmo autor esclarece que tais contratos atípicos surgem, naturalmente, na vida cotidiana, pois as necessidades do comércio jurídico exercem a força motriz para a avença entre as partes. Nas palavras esclarecedoras de Orlando Gomes⁴⁰⁸ sobre a faculdade de criação de obrigações mediante vínculo contratual firmado entre as partes à margem dos paradigmas estabelecidos pela lei, lê-se: “O conteúdo dos contratos pode ser estruturado livremente. As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas a usar as espécies contratuais definidas em lei. Desfrutam, numa palavra, a liberdade de contratar ou de obrigar-se”⁴⁰⁹.

Embora o princípio fundamental do direito privado denominado “autonomia da vontade privada”, consagrado pela ordem jurídica atual, já conceda o fundamento para tais convenções não previstas especificamente na legislação, desde que não estejam em desacordo com ela, ficando os acionistas livres no que tange ao conteúdo do acordo, o legislador, ao que parece, fez questão de positivizar tal autorização no NCC por meio do artigo 425⁴¹⁰. Como dito, em 2001 a LSA positivou o acordo de acionistas, pois, como indicado, tais contratos já se constituíam em prática recorrente na vida negocial, prevendo as matérias hoje tipificadas ou não no artigo 118 da LSA, pois exerciam e exercem funções relevantes no ambiente negocial.

na lei, com denominação própria, formando espécies definidas. Dizem-se atípicos os que não se acham especificamente regulados”.

⁴⁰⁶ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 59.

⁴⁰⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 37.

⁴⁰⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 120 et seq.

⁴⁰⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 120.

⁴¹⁰ “Artigo 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

Orlando Gomes⁴¹¹ lembra que o ordenamento jurídico conferiu uma função transcendente e digna de tutela jurídica ao acordo de acionistas. Isso porque os acionistas partes de tal contrato são autônomos para estipularem como manterão o equilíbrio dos seus interesses individuais. Tais interesses, entretanto, encontram limitações sólidas no que se refere aos interesses da sociedade sobre a qual o acordo versa. Já para Jurgem Dohm⁴¹², as estipulações do acordo de acionistas independem das repercussões na vida da sociedade e até das normas de direito societário. No direito brasileiro, como visto, a liberdade de se contratar dada pela autonomia da vontade privada encontra freio nas estipulações da legislação, no interesse da companhia e nos preceitos de ordem pública.

No presente momento, o trabalho se aterá à classificação tradicional entre típicos e atípicos, tendo em consideração o fato de a lei atribuir ou não regime legal específico. O contrato típico é aquele a que a lei atribui denominação própria e que se submete a regras que ela pormenoriza⁴¹³. Pode ser descrito, também, como aqueles cujas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos códigos ou nas leis⁴¹⁴.

Ressalta-se, outrossim, a relevância da classificação do acordo de acionistas entre típicos e atípicos⁴¹⁵. A finalidade de tal classificação, nas palavras de Rodrigues⁴¹⁶, é acentuar as semelhanças e as diferenças entre as múltiplas espécies, de modo a facilitar a inteligência do problema que se estuda. E continua o autor: “se a classificação é importante para esclarecer o estudo de um fenômeno, torna-se quase indispensável quando se tem em vista fins didáticos”.

⁴¹¹ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43 et seq.

⁴¹² DOHM, Jurgem. *Les accord sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire*. Genève: Librairie de l'Université, 1971, p. 16 citado por WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36 (Nova Série), n. 110, p. 7-15, abr./jun. 1998. p. 11.

⁴¹³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34.

⁴¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 3. p. 34.

⁴¹⁵ Serpa Lopes dá notícia da origem e evolução da classificação dos contratos típicos e atípicos: “A ideia da distinção entre contratos nominados e inominados é originada do Direito Romano [...]. No Direito Romano clássico a liberdade de contratar só podia ter lugar mediante a adequação do convencionado com um tipo contratual previamente reconhecido como válido e eficaz. Daí nos modernos sistemas de Direito Civil codificado e de base romanista, o predomínio da vontade como causa de possíveis contratos não conseguir superar a convicção de que o direito contratual está fundamentalmente constituído por uma série de figuras típicas e determinadas, resultando desta concepção as dificuldades na apreciação dos contratos atípicos”. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fonte das obrigações – contratos*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3. p. 61.

⁴¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 25.

Também Rui Pinto Duarte⁴¹⁷ aponta que os contratos atípicos são aqueles “não reconduzíveis às espécies de contratos que a lei regula”. A admissão, pelo ordenamento jurídico, de tais contratos está no próprio cerne da liberdade contratual⁴¹⁸. De acordo com Marcelo M. Bertoldi⁴¹⁹, o que existe são duas classes de acordos de acionistas submetidas à normativa geral do direito contratual. A distinção entre as duas classes está no fato de uma produzir efeitos em relação à companhia e a terceiros (típicos) e a outra não (atípicos).

Além da divisão entre contratos típicos e atípicos, a literatura jurídica faz referência ao contrato misto. O acordo de acionistas misto consistiria no acordo em que fossem estipuladas cláusulas típicas e atípicas. Waldirio Bulgarelli⁴²⁰ diz: “os contratos atípicos [...] resultam [...] em certas combinações, em que ressaltam os contratos chamados mistos, que aliam a tipicidade à atipicidade, ou seja, conjugam e mesclam elementos de contratos típicos, com elementos de contratos atípicos”. Orlando Gomes⁴²¹ entende que os contratos atípicos podem ser atípicos propriamente ditos ou mistos. Esta seria, então, uma subdivisão dos contratos atípicos.

Rui Pinto Duarte⁴²² lembra que entre os contratos típicos e os contratos atípicos existem inúmeras outras possibilidades de avenças. Tais possibilidades, se analisadas com base nos contratos típicos, poderiam ser entendidas como variações e misturas destes. Segundo o autor, o problema está, justamente, em saber a partir de que ponto as variações avançadas pelas partes determinam que o contrato deve deixar de ser considerado típico. Vale lembrar também que o contrato misto não corresponde a nenhum dos tipos de que é misto, mas apenas tem aspectos deles. Em razão disso, deve ser considerado como atípico e integrado em tal categoria.

⁴¹⁷ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 17-18.

⁴¹⁸ Vale apontar que o Código Civil português também estabelece a liberdade das partes de fixar o conteúdo contratual, de forma a pactuar contratos atípicos. *In verbis*: “Artigo 405º (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.”

⁴¹⁹ BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 30.

⁴²⁰ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1981. p. 80.

⁴²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 120-121.

⁴²² DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 44-45.

Adverte Vera Helena de Mello Franco⁴²³ que, especialmente em razão do fato de os contratos atípicos ou mistos não terem uma regulamentação específica, surge, invariavelmente, a dificuldade de determinar quais as regras legais que seriam aplicáveis, além dos princípios gerais de direito contratual. Em sua obra, a autora traz à tona quatro teorias desenvolvidas para tentar solucionar tal questão. Passa-se a abordar, de forma breve, cada uma delas.

A primeira delas é a “teoria da combinação”, pela qual haveria uma relação intrínseca entre os elementos de cada contrato típico e as normas que lhe traçam a disciplina jurídica; logo, os elementos de quaisquer contratos atípicos seriam decompostos e isolados de forma a aplicar-lhes a respectiva regulamentação da disciplina legal. Tal teoria não prospera, especialmente em razão de que um contrato não é uma soma dos elementos, mas uma síntese.

A segunda é a “teoria da absorção”, segundo a qual em qualquer contrato atípico haveria um elemento prevalecente que absorveria os elementos secundários. O contrato atípico seria, então, regulamentado conforme as normas do contrato típico correspondente ao elemento preponderante que tivesse a mesma função econômica. A referida teoria não se sustenta, especialmente em razão do fato de que nem em todos os contratos atípicos há um elemento preponderante, ou distintivo, nem a certeza de que tal elemento seria tipificado.

A terceira é a “teoria da aplicação analógica”, em que se sustenta a aplicação, ao contrato atípico, do processo analógico de interpretação, de modo a buscar, dentre os contratos típicos, aquele que mais se aproxime daquele atípico. Em caso de insuficiência, a solução é recorrer aos princípios gerais de direito contratual. A falha de tal teoria está em não se permitir uma tutela jurídica adequada a todas as possíveis combinações de elementos que podem dar lugar a um contrato atípico.

A última das teorias é chamada “teoria da coligação de contratos”, pela qual se propõe a união de contratos. Tal coligação se daria por união externa ou extrínseca (dois

⁴²³ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

contratos celebrados no mesmo instrumento, mas sem dependência), por união com dependência (dois ou mais contratos completos dependentes entre si, unilateral ou bilateralmente) ou por união alternativa (dois contratos, dos quais um subsistirá mediante o advento de uma condição).

7.2.1 Acordo de acionistas típico

A evolução e a importância do acordo de acionistas no âmbito do direito dos negócios brasileiro acabaram por forçar o legislador no sentido da inclusão da tutela jurídica específica para o contrato mencionado na LSA.

Como visto, o artigo 118 explicita quatro temas sobre os quais o acordo de acionistas versará. São eles: a compra e a venda de ações dos acionistas signatários, a preferência para a aquisição de ações dos acionistas signatários, o exercício do direito de voto e o exercício do poder de controle. Este último foi tipificado somente na reforma da LSA no ano de 2001 pela Lei nº 10.303, não obstante a prática recorrente de estipulações nesse sentido nos acordos de acionistas firmados antes da referida reforma legislativa.

Os acordos de acionistas que versam sobre esses temas são os chamados “típicos”. Sobre esse tema da atipicidade dos contratos, Waldirio Bulgarelli⁴²⁴ entende que a denominação “atípico” seria mais apropriada do que a denominação “inominados”, já que essa última classificação faz referência ao fato de a lei não ter consagrado o seu tipo.

A esses acordos a lei consagrou o *status* de instituto jurídico. Ao que parece, o legislador guiou-se pelo critério material, calcado na vocação natural de determinadas matérias à estipulação nos acordos da espécie, pois já era possível depreender isso na prática empresarial⁴²⁵.

Ao analisar o disposto no artigo 118 da LSA, Celso Barbi Filho⁴²⁶ entende que o acordo de acionistas típico pode ser classificado em duas modalidades, quais sejam, os

⁴²⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1981. p. 80.

⁴²⁵ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 63.

⁴²⁶ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 98.

acordos de bloqueio e os acordos de voto. Já Modesto Carvalhosa⁴²⁷ divide os tipos de acordo de acionistas em acordo de controle, acordo de voto minoritário e acordo de bloqueio. Ao analisar ambas as literaturas jurídicas mencionadas, verifica-se que o acordo de voto definido por Celso Barbi Filho é visto por Modesto Carvalhosa como duas modalidades: o acordo de controle, por meio de acordo de exercício do voto majoritário, e o acordo de defesa, por meio de acordo de exercício de voto minoritário.

Os acordos de bloqueio objetivam o estabelecimento de regras sobre a negociabilidade das ações, para que se mantenham ou até se aumentem determinadas participações acionárias e não haja diluição dos acionistas contratantes. Também podem impedir o ingresso de novo acionista, especialmente quando se trata de companhias cujos acionistas são membros de uma determinada família ou grupo.

O acordo de acionistas que versa sobre a compra e a venda de ações dos acionistas signatários, bem como sobre a preferência para aquisição de tais ações, é classificado como acordo de bloqueio por Celso Barbi Filho⁴²⁸. Resta esclarecer que o acordo de bloqueio não dispõe sobre qualquer vedação ou restrição à circulação das ações objeto do acordo, mas tão somente sobre as condições em que a alienação se dará.

De acordo com Modesto Carvalhosa⁴²⁹, os acordos de bloqueio podem, ainda, ser subdivididos em acordos que estabelecem (a) preferência na venda das ações, (b) direitos de opções, (c) exigência de consentimento prévio para venda das ações e (d) exigências de atendimento a determinadas condições para venda.

Como o próprio nome já adianta, os acordos de voto teriam como finalidade o prévio ajuste para exercício do voto. O acordo de controle definido por Modesto Carvalhosa⁴³⁰ presta-se a formar uma comunhão para o exercício do controle societário por meio do voto nas deliberações dos órgãos sociais da companhia. Nesse ponto vale recordar o conteúdo efetivo do artigo 154 da LSA, que estabelece que o administrador de

⁴²⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117 et seq.

⁴²⁸ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 111 et seq.

⁴²⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120-124.

⁴³⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118.

companhia deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferirem a fim de atingir os objetivos e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. Sendo assim, a vinculação do acordo de acionistas não pode abranger matérias da administração ordinária.

Para Luiz Gastão Paes de Barros Leães⁴³¹, em síntese, a certeza de estabelecer regras duradouras sobre a composição dos órgãos da administração seria a causa função típica de todos os acordos de comando que visam à obtenção ou ao reforço do controle compartilhado da companhia pelos acionistas signatários. A existência e o funcionamento de centros parassocietários de poder é clara, mas, para que não se tornem incontroláveis, é preciso torná-los públicos e discipliná-los⁴³².

Já o acordo de voto minoritário foi verificado por Modesto Carvalhosa somente após a publicação da Lei nº 10.303/2001. O autor diferencia o acordo de voto minoritário do acordo de controle nos seguintes termos:

o direito societário brasileiro, por força da reforma trazida pela Lei n. 10.303/2001, reservou ao exercício de direitos próprios dos minoritários para, assim, distingui-lo do acordo de controle, reservado, por sua vez, aos acionistas que logrem compor a maioria absoluta das ações votantes da companhia.⁴³³

Considerando tal distinção, o acordo de voto dos minoritários poderia englobar todas as matérias que fossem objeto das assembleias da companhia.

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro⁴³⁴ demonstram as situações em que o acordo de voto minoritário, chamado também de “acordo de defesa”, se faz útil aos minoritários — por exemplo, voto múltiplo para eleição de membros do conselho de administração, pedido de funcionamento de conselho fiscal e eleição de seus membros.

⁴³¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 2. p. 1311-1312.

⁴³² COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 201.

⁴³³ CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

⁴³⁴ BULGARELLI, Waldirio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 40, p. 79-102, out./dez. 1980. p. 80-92.

Em obra dedicada ao tema da tipicidade e da atipicidade do acordo de acionistas, Eduardo Lysias Maia Abraão⁴³⁵ divide os acordos de acionistas típicos conforme os quatro tipos estipulados pelo artigo 118 da LSA. Tais tipos possuem a natureza jurídica de promessa de contratar (contrato preliminar) ou de promessa de emitir declaração de vontade.

Na análise do primeiro deles, ou seja, da compra e da venda das ações dos acionistas convenientes, o referido autor trava um confronto entre o princípio da livre alienação das ações, próprio das sociedades anônimas, e a possibilidade de se pactuar sobre o tema. A conclusão é de que não há a proibição de circulação das ações, mas sim o estabelecimento de restrições e condições para o exercício do referido direito. Não se pode esquecer da estipulação legal do artigo 36 da LSA, que dispõe que o estatuto social da companhia de capital fechado poderá fixar limitações no que se refere à circulação das ações. Não obstante a permissão, a lei estabelece que tais regras deverão regular minuciosamente tais limitações e não se colocarão como impeditivo à negociação. Tampouco a lei permite que o acionista fique sujeito ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. De acordo com Eduardo Lysias Maia Abraão⁴³⁶, tal norma, claramente, visa à preservação do caráter pessoal das companhias fechadas, ou seja, à preservação da *affectio societatis*. Tal tipo possui a natureza jurídica de promessa de contratar.

Uma das cláusulas mais comuns sobre restrições para compra e venda de ações é a chamada “bloqueio de ações”, ou, na expressão estrangeira largamente utilizada, *lock-up*. Na definição de Eduardo Lysias Maia Abraão⁴³⁷, tal cláusula pode ser precisamente definida como a impossibilidade de o acionista transferir a propriedade de suas ações sem o consentimento prévio dos outros acionistas signatários do acordo, que terão a faculdade de adquiri-las. O objetivo direto da estipulação de impedimento da plena e irrestrita circulação de ações é a manutenção ou o aumento das participações acionárias dos acionistas vinculados.

⁴³⁵ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 73 et seq.

⁴³⁶ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 73 et seq.

⁴³⁷ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 73 et seq.

O segundo tipo definido pela lei é traduzido pela cláusula de direito de preferência, também de natureza jurídica de promessa de contratar. Chamada de “preempção” ou “prelação” e, também, na expressão estrangeira, de “*first refusal right*”, tal acordo estipula que, ao alienar suas ações, o acionista alienante deverá oferecê-las, primeiramente, aos outros acionistas vinculados ao acordo, que poderão adquiri-las em um determinado prazo pelo mesmo preço e nas mesmas condições em que seriam alienadas para o terceiro potencial adquirente. Claramente o objetivo direto de tal cláusula é o bloqueio à entrada de novos acionistas e a manutenção ou o aumento do percentual acionário detido pelos acionistas do acordo, desde que estes detenham recursos suficientes para adquirir as ações naquele momento.

O terceiro tipo previsto no artigo 118 da lei é o acordo de voto. De acordo com José Alexandre Tavares Guerreiro⁴³⁸, o acordo de acionistas, naquilo que se refere ao exercício do direito de voto como instrumento destinado a predeterminar o sentido do voto em determinadas matérias, contém verdadeira obrigação de prestar declaração de vontade, de acordo com um regulamento prévio de interesses. Dos quatro tipos que a lei prevê, o acordo sobre o exercício do direito de voto foi o mais discutido na literatura jurídica. A discussão girou em torno do fato de que o voto é direito personalíssimo e essencial do acionista e da ideia de que tal convenção atenderia unicamente aos interesses individuais dos acionistas legitimados a exercer tal direito, e não ao interesse da companhia. Vale lembrar o ensinamento de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira⁴³⁹ de que a premissa de que a convenção de voto tem como objetivo a proteção aos interesses particulares dos acionistas é incompatível com a premissa legal estipulada pelo artigo 115 da LSA, trazido pela Lei nº 10.303/2001, de que o acionista deverá exercer o seu direito a voto no interesse da companhia.

Ainda segundo tal dispositivo legal, serão consideradas modalidades de exercício abusivo do direito de voto as situações cuja finalidade se traduzir em causar dano à companhia ou mesmo aos outros acionistas ou, ainda, em obter, para o próprio acionista ou

⁴³⁸ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, jan./mar. 1981. p. 45.

⁴³⁹ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 518.

para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para os outros acionistas⁴⁴⁰. De acordo com Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro⁴⁴¹, os acordos de voto podem objetivar diversas finalidades, como a consolidação da maioria por meio de aglutinação de votos pulverizados, assegurando a estabilidade da administração da companhia. Muitas vezes o sentido do exercício do direito de voto na assembleia já fora definido em reuniões prévias dos acionistas convenientes e foi exercido no órgão social em bloco, o que será discutido mais à frente.

A LSA diferenciou o exercício do direito de voto e o exercício do poder de controle, especialmente porque há outras formas de exercício do poder de controle — que não por meio do exercício do direito de voto — que também são obrigações de prestar declaração de vontade de acordo com os limites do convencionado no acordo de acionistas. Como visto, tal diferenciação foi incluída na LSA na reforma proporcionada pela Lei nº 10.303/2001, que acrescentou tal tipo no *caput* do artigo 118. Assim, de acordo com Modesto Carvalhosa⁴⁴², foi instituído no direito brasileiro o regime de *pooling agreement*, que já era consagrado havia mais de um século pela doutrina e pela jurisprudência norte-americana.

Nesse ponto, o exercício do poder de controle esbarra na definição do exercício do direito de voto. Carlos Augusto da Silveira Lobo⁴⁴³, fazendo referência ao artigo 116 da LSA⁴⁴⁴, esclarece que o poder de controle pressupõe o poder de comandar a ação da

⁴⁴⁰ Além de à disposição da LSA, faz-se referência ao artigo 177, §2º, do Código Penal: “Artigo 177. § 2º - Incorre na pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral”.

⁴⁴¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 310.

⁴⁴² CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118.

⁴⁴³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 462.

⁴⁴⁴ “Artigo 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

maioria dos administradores da companhia. Modesto Carvalhosa⁴⁴⁵ ainda explicita que o vínculo entre a comunhão de controle e seus representantes faz referência à condução da política da companhia, isto é, refere-se unicamente à direção do processo empresarial que fica a cargo dos controladores e desde que tais matérias sejam expressamente previstas e exaustivamente elencadas no texto do respectivo acordo de controle. Também não se pode deixar de mencionar a possibilidade de se pactuar sobre acordo de controle compartilhado e controle de grupo de sociedades.

Mesmo tendo o acordo de acionista sido prática recorrente na atividade empresarial brasileira antes do advento da LSA, esta foi um marco no que se refere à segurança jurídica dos signatários. A referida lei veio oferecer garantia legal de oponibilidade e execução do acordo. Uma vez averbado nos livros societários oportunos, o acordo de acionistas passou a contar com a garantia de oponibilidade das obrigações ou ônus decorrentes de seus acordos em face de terceiros. A outra garantia conferida ao referido acordo foi a positivação da possibilidade de se promover execução específica das obrigações assumidas pelos signatários do acordo. Desde já é possível verificar que as obrigações dos acordos de acionistas típicos contam com garantias sólidas. A seguir será avaliado, dentre outros aspectos, em que medida o acordo de acionistas atípico consegue se apropriar das garantias legais conferidas pela legislação aos acordos típicos.

7.2.2 Acordo de acionistas atípico

Como visto, bem antes da consagração do tipo contratual do acordo de acionistas pela LSA, tais acordos já eram celebrados pelos acionistas das companhias, tendo como objeto diversas matérias, algumas das quais acabaram sendo elencadas na legislação atual.

Mesmo com a não positivação das diversas matérias objeto de acordo de acionistas, vale lembrar a importância que os acordos de acionistas atípicos exercem hoje no ambiente negocial. Isso porque a dinâmica das relações econômicas acaba por exigir a acomodação dos interesses das partes das relações jurídicas mesmo que não encontrem sua referência nas normas especiais.

⁴⁴⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118.

De acordo com a doutrina de Silvio Rodrigues⁴⁴⁶, os contratos inominados surgem na vida cotidiana impostos pela necessidade do comércio jurídico⁴⁴⁷. Miguel M. Serpa Lopes⁴⁴⁸ adverte que os contratos atípicos representam hoje uma questão de pura interpretação.

Fábio Konder Comparato⁴⁴⁹ elucida que a lei disciplinou apenas as matérias de acordo de acionistas que irradiam efeitos em relação a terceiros e à companhia, mas que as matérias que poderão ser objeto de acordos de acionistas não estão limitadas àquelas especificadas na LSA. Assim, todos os outros direitos oriundos da propriedade das ações que caibam ao proprietário da ação poderão ser matéria de acordo de acionistas, conforme esclarece Fran Martins⁴⁵⁰.

Rachel Sztajn⁴⁵¹ também pontua seu entendimento no mesmo sentido ao ensinar que a variedade das matérias objeto de acordo de acionistas é larga, sendo possível abarcar desde a mais típica matéria de acordo de acionistas — por exemplo, o direito de voto e a preferência para aquisição da participação daquele que deseja se retirar da companhia — até a forma de distribuição de resultados, indicação ou veto de administradores e “o que mais possa compor interesses de grupos de membros das sociedades”.

Também Modesto Carvalhosa⁴⁵² aponta que a lei não veda a celebração de acordos atípicos que incluam outros objetos que não apenas o exercício do controle, o exercício do voto pelos minoritários ou a disponibilidade patrimonial de ações. Essas três espécies de acordo não excluem a validade e da eficácia de outras avenças incluídas no acordo de acionistas, pois o acordo sim que é inoponível à companhia. Os negócios jurídicos que

⁴⁴⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35.

⁴⁴⁷ No mesmo sentido: FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 177-181.

⁴⁴⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fonte das obrigações – contratos*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3. p. 62.

⁴⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do artigo 118 da Lei das S.A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, p. 32-38, set. 1979. p. 33.

⁴⁵⁰ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2. tomo 1. p. 119-120.

⁴⁵¹ SZTAJN, Rachel. Acordo de acionistas. In: SADDI, Jairo (Org.). *Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB Thomson; Ibme Law, 2002. p. 273-294. p. 275.

⁴⁵² CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92 et seq.

disponham sobre matérias extravagantes às matérias tipificadas na lei podem constituir cláusulas extravagantes do próprio acordo e, por isso, desconsideradas pela companhia.

Vale lembrar que, além do fato de tais contratos serem formados de elementos originais ou resultarem da fusão de elementos próprios de outros contratos, conforme Orlando Gomes⁴⁵³, também não há como o legislador prever todas as hipóteses de avenças não defesas em lei a respeito das quais os acionistas poderão pactuar. Rachel Sztajn⁴⁵⁴ esclarece que a tipicidade dos contratos na lei é oriunda da frequência e da habitualidade com que tais contratos ocorrem. Disso decorre que acordos de acionistas atípicos atualmente podem, mediante alteração da legislação, tornar-se típicos e estar sujeitos à tutela jurídica exercida pelas normas específicas para a matéria.

Não obstante a não previsão específica em lei, os acordos de acionistas atípicos não ficam sem sua devida proteção legal. A tutela jurídica aplicável para tais contratos atípicos seria formada pelas normas gerais, pela moral, pelos bons costumes e pelos princípios gerais do direito⁴⁵⁵. Importante ressaltar o ensinamento de Waldirio Bulgarelli⁴⁵⁶ no sentido de que as regras aplicáveis aos contratos atípicos são as regras aplicáveis aos contratos em geral e, de modo específico, as regras aplicáveis aos tipos legais que correspondem à prestação principal da avença.

Eduardo Lysias Maia Abraão⁴⁵⁷ escreve sobre as garantias conferidas pelo acordo de acionistas atípicos e entende que não é correto supor admitir que todo o artigo 118 da LSA trate dos acordos de acionistas típicos, de modo que seria possível “atribuir certa tipicidade” ao acordo de acionistas atípico. Para o autor, não seria próprio conceber que a intenção do legislador fosse tão somente regular os acordos típicos, considerando que era plenamente possível fazê-lo do mesmo modo em relação aos atípicos. Argumenta o autor que os parágrafos 3º, 4º, 6º, 10 e 11 do artigo 118, pela sua técnica gramatical, levam

⁴⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 120.

⁴⁵⁴ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 14.

⁴⁵⁵ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 157.

⁴⁵⁶ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1981. p. 81.

⁴⁵⁷ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 177-179.

inexoravelmente à conclusão de que se aplicam a todas as modalidades de acordo de acionistas, típicos, atípicos ou mistos⁴⁵⁸.

Como visto, o artigo 118 da LSA estipula determinadas matérias para o acordo de acionistas. Tal dispositivo legal acabou por receber algumas críticas referentes à técnica jurídica quanto à imprecisão de identificação exata das matérias sujeitas à sua tutela⁴⁵⁹. A finalidade disso é que se possa segregar a disciplina do acordo de acionistas típico daquele atípico e conferir o tratamento jurídico adequado a ambos os casos.

Rachel Sztajn⁴⁶⁰ ensina que a tipicidade normativa é revelada pelo *numerus clausus* de realidades e, ao mesmo tempo, pelo afastamento da aplicação de seus preceitos por analogia a outras hipóteses, uma vez que está fora de seu universo lógico tudo aquilo que não apareça nele com regulação expressa.

Nesse diapasão, Celso Barbi Filho⁴⁶¹ e Eduardo Lysias Maia Abraão⁴⁶² apontam a questão da tipicidade de se prever direito de preferência para a subscrição de ações de propriedade dos acionistas e da atipicidade de se prever tal direito de preferência para subscrição de novas ações primariamente emitidas pela companhia. Outro exemplo é a estipulação da matéria típica de abstenção do direito de voto, estipulada de forma atípica como não comparecimento dos acionistas em assembleia que não têm o direito de voto ou que têm esse exercício suspenso⁴⁶³.

Como apontou Celso Barbi Filho⁴⁶⁴, o objeto do acordo de acionistas é, possivelmente, o mais amplo dos temas existentes dentro do estudo do instituto, especialmente em razão da diversidade de contextos e estipulações que a liberdade das partes pode criar nos casos concretos. Dentre desse imenso rol, serão destacadas as matérias atípicas mais comuns objeto de acordo de acionistas, com a tentativa de situá-las

⁴⁵⁸ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 177-179.

⁴⁵⁹ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 165.

⁴⁶⁰ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

⁴⁶¹ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 125.

⁴⁶² ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 165-166.

⁴⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do artigo 118 da Lei das S.A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, p. 32-38, set. 1979. p. 34.

⁴⁶⁴ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 123.

no ordenamento jurídico brasileiro e identificar a natureza jurídica por trás de tais cláusulas, bem como o risco intrínseco de cada uma delas. Além de relevante para o trabalho, isso se justifica, especialmente, em razão de que, na prática da advocacia, a não muito cuidadosa “tropicalização” de institutos jurídicos e modelos de cláusulas importados acaba trazendo consigo dúvidas de compatibilidade com o direito brasileiro e acerca dos limites lógicos de aplicação, o que tem conexão direta com a aplicação da correção contratual por meio da onerosidade excessiva.

Contrato preliminar de compra e venda de ações

O contrato preliminar de compra e venda de ações é uma das estipulações atípicas de acordo de acionistas mais corriqueiras na prática negocial. Uma das partes se obrigaria a vender suas ações à outra parte, que, por sua vez, se obrigaria a comprá-las. As promessas unilaterais de contratar a compra e a venda de ações também são incluídas nessa lógica. Há, nesse momento, a estipulação do preço ou dos critérios para seu cálculo. Claramente como uma promessa bilateral de contratar, é regulada pelos artigos 462 a 465 do NCC⁴⁶⁵ e por isso mesmo deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Ainda, exceto nos casos em que se convençione cláusula de arrependimento, qualquer uma das partes poderá, a seu critério, exigir que se proceda à celebração do contrato definitivo, concedendo um prazo à outra para que se efetive o avençado se quando da celebração do acordo de acionistas não tiver se convencionado tal prazo⁴⁶⁶. Percebe-se que a natureza da prestação vem permeada por um risco atinente aos requisitos essenciais do contrato já assumidos na cláusula de compra e venda preliminar, ou seja, eventos supervenientes extraordinários e imprevisíveis que alterem tais requisitos de forma direta talvez não

⁴⁶⁵ “Artigo 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Artigo 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente. Artigo 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação. Artigo 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos. Artigo 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.”

⁴⁶⁶ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 468.

possam ser argumentos para aplicação do mecanismo do artigo 478 do NCC, pois seria um risco próprio do negócio preliminar.

Opção de compra e opção de venda de ações

Mecanismo diferente da promessa de compra e venda, mas igualmente comum nos acordos de acionistas, é a opção de compra ou de venda de ações⁴⁶⁷. Aqui não há uma promessa de compra ou venda, mas sim uma proposta, com clara regulamentação pelo NCC no que se refere à formação dos contratos⁴⁶⁸. A transação é iniciada somente no momento em que uma das partes se manifesta no sentido de comprar ou vender. A outra parte tem, obviamente, como o próprio nome do mecanismo já adianta, a opção de completar a formação do contrato caso deseje vender ou comprar as ações vinculadas à cláusula em determinado prazo, de forma diferida ou imediata, ou implementadas as condições previamente negociadas que disparariam o mecanismo.

⁴⁶⁷ Notar esclarecimento sobre as expressões utilizadas no mercado quanto à opção de compra e de venda de ações. “No jargão do mercado, a opção de compra é designada pela expressão inglesa ‘call’ que sugere o fato de o outorgado ter a faculdade de unilateralmente ‘chamar’ para si as ações, adquirindo sua propriedade; a opção de venda é designada ‘put’, porque o outorgado tem a faculdade de unilateralmente impor à outra a aquisição da propriedade das suas ações.” LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 469.

⁴⁶⁸ “Artigo 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso. Artigo 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. Artigo 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada. Artigo 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos. Artigo 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta. Artigo 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. Artigo 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante. Artigo 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado. Artigo 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.”

Carlos Augusto da Silveira Lobo⁴⁶⁹ esclarece que a opção de compra é pactuada em favor do controlador a fim de garantir a ele a possibilidade de afastar da companhia o minoritário. Celso Barbi Filho⁴⁷⁰ adverte que a opção de compra não pode vigorar por prazo indeterminado, pois acarretaria situação de extrema insegurança para o eventual vendedor, devendo ser utilizado para situações transitórias. Entretanto, não se pode afirmar que é absolutamente necessária a determinação prévia de todos os elementos do contrato, mas devem ser, no mínimo, determináveis, delineando a álea normal a que os contratantes querem se lançar⁴⁷¹. Ou seja, ao elaborar a proposta que será feita, o proponente dimensiona até onde irá o risco assumido por ele no negócio.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁴⁷² aponta que as opções se traduzem em uma variedade de instrumentos destinados a preencher interesses entre grupos de sócios diversos de sociedades empresárias. Já a opção de venda, continua Carlos Augusto da Silveira Lobo, é estipulada em favor do minoritário objetivando a possibilidade de saída e retorno mínimo do investimento efetuado. Ainda de acordo com Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, a “*put option*” é de utilidade para aquele acionista que se sinta ameaçado por outro acionista e que prefira se retirar da companhia com o retorno financeiro a continuar em um ambiente desfavorável.

Direito de venda conjunta

A cláusula de acordo de acionistas sobre direito de venda em conjunto, conhecida também pela expressão estrangeira “*tag along right*”, é estipulada para conferir às outras partes o direito de venda das suas ações juntamente com a venda das ações a ser realizada por qualquer uma das partes⁴⁷³. O mecanismo é disparado no momento em que uma das

⁴⁶⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 469.

⁴⁷⁰ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 119-120.

⁴⁷¹ Sobre a opção de compra de ações, ver também parecer de LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Pacto de opção de compra (call) de ações em acordo de acionistas. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 3. p. 1131-1141. Em tal parecer é analisado acordo de acionistas com opção de compra de ações com preço determinável, pois era composto parte por um valor certo e parte por um valor incerto, o que tornava o preço globalmente indeterminado, já que estava sujeito a um consenso futuro, que as partes poderiam não alcançar.

⁴⁷² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2. p. 167.

⁴⁷³ Também pode se constituir em vantagem atribuída às ações preferenciais, de acordo com o artigo 17, §1º, III, da LSA: “Artigo 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir: [...] § 1º

partes recebe oferta de terceiro interessado na compra das ações⁴⁷⁴, podendo ser um momento em que o valor ofertado seja favorável ou desfavorável. A partir disso, as outras partes deverão ser notificadas pelo acionista ofertado e deverão manifestar sua intenção de exercer o direito de venda de suas ações em conjunto para esse terceiro ofertante pelo preço e pelas condições estipuladas por este último. Caso não seja da vontade do terceiro ofertante adquirir todas as ações vinculadas à cláusula de “*tag along right*”, os acionistas que tiverem se inclinado a vender suas ações em conjunto venderão somente a quantidade proporcional referente à quantidade desejada pelo terceiro ofertante⁴⁷⁵, se assim pactuado.

Obrigação de venda conjunta

Já a obrigação de venda conjunta, ou “*drag along*”, é aquela convenção de que um ou mais signatários do acordo de acionistas se compromete a alienar suas ações (parcial ou integralmente) na situação em que algum outro acionista signatário alienar as dele. O objetivo de tal cláusula é a alienação do controle da companhia. Caso os acionistas minoritários não manifestem intenção de participar de um “*tag along*”, o acionista controlador poderá obrigá-los a alienar as suas participações acionárias ao terceiro ofertante disparando a cláusula “*drag along*”. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁴⁷⁶ conclui, então, que o “*drag along*” pode decorrer do não exercício do “*tag along*”, considerando um acordo de acionistas em que estejam presentes ambas as cláusulas. Ao assumir uma cláusula de “*drag along*”, está claro que o risco implícito a que o minoritário aderiu está ligado com o momento de disparo do mecanismo e com o valor aceito pelo majoritário.

Independentemente do direito de receber ou não o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem ele, as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens: [...] III - direito de serem incluídas na oferta pública de alienação de controle, nas condições previstas no artigo 254-A, assegurado o dividendo pelo menos igual ao das ações ordinárias”.

⁴⁷⁴ De acordo com o artigo 254-A da LSA, a alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

⁴⁷⁵ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 470.

⁴⁷⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2. p. 166.

Cláusula compra ou venda

Há também que se mencionar a cláusula compra ou venda, que também é conhecida pela expressão estrangeira “*buy-or-sell*”. De acordo com Carlos Augusto da Silveira Lobo⁴⁷⁷, se constitui em negócio bilateral⁴⁷⁸ pelo qual qualquer das partes pode oferecer à outra comprar as ações de propriedade desta ou vender à outra parte as ações de sua propriedade pelo preço e pelas condições aplicáveis para a compra ou para a venda, dentro de determinado prazo ou mediante a ocorrência das situações “gatilhos”. O objetivo de se estabelecer uma cláusula de caráter mais agressivo como essa é a resolução de impasse ou dissolução de associações com *affectio societatis* rompida. A parte mais favorecida é aquela que, no momento do disparo do mecanismo, está com mais recursos e liquidez, verificando-se que a pactuação dessa cláusula traz um risco implícito alargado.

Cláusula de vedação

Importante mencionar também as cláusulas de vedação. Vale lembrar a proibição trazida pelo artigo 36 da LSA, de que o estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas. A cláusula de vedação somente é permitida se contiver regulação minuciosa e detalhada do limite da vedação e não tenha o condão de impedir a negociação e tampouco sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. Fica evidente que a cláusula de vedação é permitida, desde que não seja abusiva⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 470-471.

⁴⁷⁸ Adverte o autor que não se confunda negócio bilateral com contrato bilateral, pois naquele figuram duas partes ou polos de interesses (podendo várias pessoas constituir um polo, logo, uma parte). O acordo de compra ou venda não se traduz em um contrato bilateral, pois não há que se falar em troca de prestações. Há, sim, um cruzamento de promessas unilaterais de contratar, pois cada parte promete que, se não aceitar a oferta de compra recebida, ficará obrigada a comprar as ações da outra parte.

⁴⁷⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441-499. p. 472-473. O autor lembra exemplo em que se justifica a cláusula de vedação: “A vedação é, por exemplo, justificada em acordo de acionistas relativo a *joint venture* para realização de projetos que exige a colaboração de partes que reúnem os conhecimentos técnicos e a experiência indispensáveis à sua implantação. Nesse caso, é razoável que as partes se comprometam mutuamente a não transferir suas ações antes de o projeto entrar em fase de operação normal”.

Opção de liquidez

Por meio da cláusula de opção de liquidez, também chamada de “*tail right*”, as partes pactuam que o acionista cujo controlador for alienar seu controle ou for iniciar procedimento de abertura de capital em mercado de valores mobiliários deverá dar a opção de liquidez para os demais acionistas por meio de pagamento de valores em dinheiro ou por meio de migração de participação societária para a companhia que vai alienar ou abrir o capital com o devido cálculo para a permuta. Ao convencionar esse tipo de cláusula, especialmente a fórmula de permuta das ações, tanto o acionista que permutará quanto aquele cujo controlador sofrerá a permuta estão alocando entre si riscos de mercado razoáveis, seja pelo cálculo da permuta das ações com variáveis, seja pelo momento em que o capital for aberto em mercado de valores mobiliários. Qualquer evento, mesmo que imprevisível e extraordinário, que venha a alterar de forma substancial o resultado de tal opção de liquidez deveria ser considerado como risco implícito do negócio acordado entre as partes, caso contrário o programa contratual e o modo de cálculo seriam diferentemente pactuados.

Vale mencionar outras matérias que não estão contidas no *caput* do artigo 118 da LSA, de natureza atípica, como não competição, repartição interna de resultados da companhia, preferência na liquidação do acervo da sociedade, confidencialidade, compromisso de aquisição ou não de ações de terceiros, compromisso de não diluição, dentre diversas outras.

Como visto, o leque de possibilidades de cláusulas em acordo de acionistas se revela razoavelmente extenso. Considerando o ambiente de negócios e de mercado em que o acordo de acionistas se encontra imerso, não se pode deixar de anotar três observações: a existência, nas cláusulas do acordo de acionista, típicas ou atípicas, de um equilíbrio de interesses, a assunção de riscos próprios do ambiente negocial entre as partes e a possibilidade de alteração das obrigações de qualquer das partes em razão de algum fato superveniente imprevisível e extraordinário. A partir da celebração do acordo de acionistas, as partes estão sujeitas aos riscos de alteração de situações anteriores ao

momento exato da celebração. Isso porque ocorrerá a execução retardada⁴⁸⁰ das cláusulas pactuadas, ou seja, a prestação de uma ou mais partes não se dará de um só jato, porém a termo, de forma que não ocorrerá a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*.

7.3 ALGUNS INSTITUTOS RELEVANTES CORRELATOS AO ACORDO DE ACIONISTAS

7.3.1 Reuniões prévias

Em diversos acordos de acionistas, senão na maioria deles, é estabelecida a necessidade de reuniões prévias para deliberar sobre determinada matéria, não sendo, em realidade, indispensáveis à eficácia do acordo de voto⁴⁸¹.

A função da reunião prévia é que seja manifestada de forma válida e eficaz a vontade majoritária dos signatários do acordo de acionistas, se mostrando, nas palavras de Modesto Carvalhosa⁴⁸², o instrumento eleito para viabilizar o exercício do poder-dever de controle comum, tendo como significado que todos os acionistas parte do acordo de voto em bloco estão vinculados por um denominador comum, qual seja, a uniformidade do poder-dever de controle.

A reunião prévia pode ser definida como um órgão interno, já que não tem poderes de representação, soberano e indispensável para a comunhão de controle. É formado pelo conjunto dos signatários do acordo, e a vontade comum, deliberada por maioria absoluta de votos, é oponível à companhia e a todos os signatários do acordo, desde que regularmente convocada e instalada em conformidade com as normas avençadas no acordo de controle⁴⁸³.

⁴⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005. v. 3. p. 60.

⁴⁸¹ BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 107.

⁴⁸² CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222.

⁴⁸³ Na ausência de pacto sobre o procedimento de convocação e instalação, Modesto Carvalhosa lembra que deverão ser aplicados os procedimentos previstos nos artigos 127 a 130 da LSA. CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 223.

Segundo Luiz Gastão Paes de Barros Leães⁴⁸⁴, a reunião prévia representa a universalidade dos signatários do acordo de controle. Pode-se dizer que isso significa que a deliberação tomada na reunião prévia é dotada de indivisibilidade interna e externa no que se refere à vontade da comunhão de controle. Modesto Carvalhosa explica que o interesse da comunhão deverá prevalecer sobre aqueles interesses individuais dos signatários do acordo, em razão da unicidade do exercício do controle da companhia, justamente o que seria o objeto do acordo.

Entretanto, é importante mencionar que os acionistas contrários às deliberações tomadas por maioria absoluta ou qualificada na reunião prévia poderão registrar em tal sede os protestos fundamentados, de modo a alegar ilegitimidade, ilegalidade ou irregularidade, bem como abuso, desvio de finalidade ou qualquer outro vício jurídico que possa ser citado tendo em mente a declaração de nulidade ou a anulação da deliberação tomada na respectiva reunião prévia. Vale lembrar que o acionista signatário do acordo que for discordante da deliberação tomada não poderá pleitear a anulação somente com base em sua dissidência⁴⁸⁵.

Também, há que se falar que o acionista, mesmo que vinculado por acordo de votos, deve sempre perseguir o interesse social da companhia, e não o seu interesse particular. Os acionistas não poderão invocar as disposições convencionadas em acordo de acionistas a fim de se eximirem de responsabilidades advindas do exercício dos seus direitos de votos. Vale apontar que ao acionista parte de um acordo de votos é, presumidamente, atribuída a culpa nos casos de voto em sentido contrário ao interesse social mas com observância às regras de voto do acordo, cabendo a ele a prova da inexistência da culpa⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 1. p. 123.

⁴⁸⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

⁴⁸⁶ BULGARELLI, Waldirio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 40, p. 79-102, out./dez. 1980. p. 96. RAMOS, Felipe de Freitas. Responsabilidade dos signatários de acordo de voto no regime da Lei 10.303/01. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41 (nova série), n. 125, p. 114-128, jan./mar. 2002.

7.3.2 Execução específica do acordo de acionistas

Outra questão discutida na literatura jurídica atinente ao tema é a execução específica do acordo de acionistas. O princípio da obrigatoriedade do cumprimento dos pactos, um dos responsáveis por alicerçar a sistemática dos contratos, é de fundamental importância em matéria de efeitos das obrigações. Como as obrigações são pactuadas no âmbito de acordo de acionistas, ou seja, em uma esfera de caráter contratual, seu cumprimento pode revelar-se não tão conveniente (em razão do decurso do tempo e/ou da mutação no *animus* do promitente), especialmente se considerado o contrato de trato sucessivo, de acordo com José Alexandre Tavares Guerreiro⁴⁸⁷.

O não cumprimento do pactuado dará ensejo à formação de uma controvérsia sobre determinado direito juridicamente tutelado, motivo pelo qual o titular de tal direito poderia acionar os mecanismos jurisdicionais a fim de obter a respectiva execução específica, já que o descumprimento do acordo de acionistas equivale à própria violação de uma lei. Isso porque, como contrato, o acordo tem o efeito de lei entre as partes e a obrigatoriedade de se cumprir as convenções é regra essencial do sistema de direito⁴⁸⁸.

Um conceito relevante para o tema é a fungibilidade e a infungibilidade jurídica da prestação. São infungíveis juridicamente aquelas prestações que somente podem ser praticadas pelo devedor específico mas cuja omissão pode ainda ser suprida pela sentença judicial, possibilitando a execução sem a concordância da manifestação de vontade espontânea do devedor. Os objetos típicos das cláusulas de acordo de acionistas, previstos no artigo 118 da LSA, ou seja, as obrigações de declaração de vontade ou de celebração de um contrato, são infungíveis juridicamente⁴⁸⁹. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁴⁹⁰ diferencia infungibilidade material e jurídica. Na primeira, somente o obrigado é quem pode cumprir o ajustado, considerando que se trata de obrigação personalíssima; já na segunda, a vontade do obrigado é irrelevante.

⁴⁸⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, jan./mar. 1981. p. 40 et seq.

⁴⁸⁸ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, jan./mar. 1981. p. 40 et seq.

⁴⁸⁹ GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2. p. 484.

⁴⁹⁰ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 58.

Em casos de não cumprimento, de acordo com a doutrina de Giuseppe Chiovenda⁴⁹¹, a função do processo judicial é justamente proporcionar àquele que tem um direito tudo e precisamente aquilo que tem o direito de obter, na medida do que for praticamente possível. Por isso mesmo, a execução específica das obrigações é o instrumento que deve sempre ser perseguido pela jurisdição.

Nesse sentido, Luiz Fux⁴⁹² argumenta que quanto maior a flexibilidade conferida ao juízo, no que diz respeito aos meios executivos utilizáveis à satisfação dos interesses do credor, tanto maior também é a probabilidade de atingir um ótimo resultado no processo de execução, de modo a conferir àquele que faz jus exatamente aquilo que deveria obter se não tivesse havido o inadimplemento da outra parte. É o que, diz Luiz Fux, se denomina “execução específica”, em contraposição à execução genérica, a qual se transmuda em equivalente pecuniário.

Para isso, o parágrafo 3º do artigo 118 da LSA^{493,494} estabelece o mecanismo da execução específica, a fim de que seja possível transformar o inadimplemento da obrigação contratada e descumprida em cumprimento equivalente, tendo o inadimplente de cumprir o combinado. Somente é permitida a indenização por perdas e danos caso seja impossível materialmente satisfazer o credor, caso contrário este pode exigir a prestação devida. Na realidade, lembra André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁴⁹⁵ que essa norma da Lei Societária nem precisaria existir. Isso porque “a oferta de tutela jurisdicional apta a conceder a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que faça jus de que constitui exemplo a tutela específica” é conteúdo da garantia constitucional da ação (CF,

⁴⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell azione nascente dal contratto preliminare*: saggi di diritto processuale civile. Roma: Foro Italiano, 1930. p. 110.

⁴⁹² FUX, Luiz. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7.

⁴⁹³ “Artigo 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. [...] § 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.”

⁴⁹⁴ Vale apontar que os artigos 639 e 641 do CPC, analisados em tal bibliografia, foram revogados pela Lei nº 11.232, de 2005, e substituídos pelos artigos 466-A, 466-B e 466-C. Leia-se: “Artigo 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. Artigo 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Artigo 466-C. Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível”.

⁴⁹⁵ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 113.

art. 5º, inc. XXXV). Dessa forma, o sistema processual é aparelhado com as técnicas voltadas para a concessão da tutela específica, nos casos relacionados às estipulações de acordo de acionistas.

Vale lembrar que a Lei nº 10.303, de 2001, que alterou a LSA, tentou, por meio da introdução dos parágrafos 8º e 9º do artigo 118, conferir maior coercibilidade aos acordos de acionistas, sem necessidade de acionar o Judiciário. Isso porque tais dispositivos preveem que a companhia deverá observar o disposto no acordo arquivado na sede social, não computando os votos proferidos em divergência com o combinado no referido acordo, e, também, possibilita ao acionista o direito de votar com as ações do obrigado que não compareceu à assembleia ou que se absteve. Entretanto, somente nas obrigações materialmente infungíveis é que se vê alguma lógica no uso de meios de coerção, para que o obrigado cumpra com suas obrigações⁴⁹⁶.

Para André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁴⁹⁷, as previsões do artigo 461 do CPC são inaplicáveis para garantir tutela específica de obrigações de emitir declaração de vontade e de celebrar contrato. Assim, não há necessidade de utilização de meios de coerção, pois basta que se obtenha a sentença ou, se preenchidos os requisitos previstos no artigo 273 do CPC, que se antecipe a tutela. A emissão da declaração de vontade ou a celebração do contrato passam a ser despiciendas.

Para Ernani Vieira de Souza⁴⁹⁸, a sentença judicial de uma ação de execução específica é condenatória, pois não criará um estado jurídico novo, mas produzirá o mesmo efeito que a declaração de vontade produziria. O que se pretende com a execução específica é a “declaração da existência de uma declaração e o consequente preceito sancionatório que condena o devedor a emitir uma declaração de vontade sob pena de execução forçada”, já que, na realidade, existe uma obrigação incumprida, derivada de uma relação jurídica preexistente. Entretanto, é fácil perceber que, tratando-se de acordo de acionistas, nem sempre é possível conferir ao titular do direito tutelado e não cumprido

⁴⁹⁶ RODRIGUES, Pedro Paulo Moreira. *A execução específica dos acordos de acionistas*. 2009. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009. p. 101-104.

⁴⁹⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 113.

⁴⁹⁸ SOUZA, Ernani Vieira de. *Execução específica de obrigação de emitir declaração de vontade e outros temas divergentes no processo civil*. São Paulo: Livlex, 1979. p. 23.

exatamente o que ele teria caso não houvesse ocorrido a violação. Marcelo Bertoldi⁴⁹⁹ lembra os dois efeitos pretendidos pelo autor da demanda que busca o cumprimento do acordo de acionistas, a saber, (a) a substituição da emissão de declaração de vontade, pela qual a sentença transitada em julgado gerará os efeitos da declaração não emitida, e (b) a declaração de ineficácia dos atos registrados que contrariam o acordo e são incompatíveis com os efeitos da sentença.

José Alexandre Tavares Guerreiro⁵⁰⁰ divide a sua análise sobre o tema da execução específica nos dois direitos tutelados pelo parágrafo 3º do artigo 118 da LSA, quais sejam, a compra e a venda de suas ações (e preferência para adquiri-las), referente à matéria de contrato preliminar, e o exercício do direito a voto ou do poder de controle, referente à matéria de declaração de vontade.

No que diz respeito à primeira parte, José Alexandre Tavares Guerreiro⁵⁰¹ aponta três fundamentais conclusões sobre o significado da execução específica no tema do acordo de acionistas, a saber, (a) a execução específica de acordo de acionistas (tanto como contrato preliminar de compra e venda de ações quanto como preferência para a aquisição) afasta indenizações compensatórias, (b) a respectiva sentença não é capaz de substituir a entrega das ações como fato necessário a efetivar a translação do domínio sobre tais ações e (c) a transferência efetiva das ações só poderá resultar de entrega espontânea pelo vendedor, ao final do processo de execução específica, pois a lei atribui à sentença somente o efeito do contrato definitivo de compra e venda.

Quanto à segunda parte, ou seja, atinente à execução específica das convenções para exercício do direito de voto, que dizem respeito a uma declaração de vontade a ser emitida em sede de assembleia, José Alexandre Tavares Guerreiro⁵⁰² estabelece a problemática processual referente à possibilidade jurídica do pedido de condenação do devedor a emitir declaração de vontade preordenada pelo acordo. O reconhecimento como

⁴⁹⁹ BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 173-174.

⁵⁰⁰ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, jan./mar. 1981. p. 57-58.

⁵⁰¹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, jan./mar. 1981. p. 57-58.

⁵⁰² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, jan./mar. 1981. p. 57-58.

ineficaz da primeira manifestação de voto resulta em considerar tal declaração como não emitida, em razão de ser inapta a produzir efeitos jurídicos. Assim sendo, a sede processual da tutela jurisdicional deverá procurar sentença que tenha capacidade de produzir os efeitos da declaração não emitida. Isto é, considera-se a a declaração ineficaz como não emitida, ou seja, com a expressão formalizada do voto em desacordo com o pactuado no acordo de acionistas.

Serão estudadas a seguir as vias de extinção do acordo de acionistas — a saber, distrato, rescisão e resolução —, bem como, de modo mais específico, a aplicação da onerosidade excessiva como causa de resolução ou revisão do acordo de acionistas.

7.3.3 Extinção do acordo de acionistas

Ao estudar as modalidades de extinção do acordo de acionistas, é fundamental que se lembre de que o acordo de acionistas, antes de tudo, é contrato. Isto é, como todo e qualquer negócio jurídico, o acordo de acionistas tem o seu ciclo de vida, de modo que nasce do encontro de vontades, segue seu percurso com as vicissitudes de sua existência e, como não poderia deixar de ser, termina com o rompimento do vínculo obrigacional entre as partes⁵⁰³.

Miguel M. Serpa Lopes⁵⁰⁴ expõe o problema e a dificuldade da sistematização do estudo referente às modalidades de extinção dos contratos. Citando Josserand, Miguel M. Serpa Lopes classifica os modos de extinção em duas categorias, de acordo com a causa da dissolução. A primeira categoria é formada por aqueles contratos cuja causa de dissolução é contemporânea a seu próprio nascimento. A outra categoria é formada por contratos cuja causa de dissolução é algo superveniente surgido no percurso da vida do contrato.

⁵⁰³ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 51.

⁵⁰⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fonte das obrigações – contratos*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3. p. 199-200.

Ruy Rosado de Aguiar Junior⁵⁰⁵ também encontra duas causas para a extinção dos contratos. Ou se extingue porque há na origem uma impossibilidade absoluta ou uma invalidade (nulidade ou anulabilidade), ou porque a relação se originou de forma possível e válida e foi alvo de fenômeno superveniente capaz de destruir seus efeitos e, assim, extingue a própria relação originária. A primeira situação é denominada pelo autor de “causas extintivas genéticas”, e a segunda como “causas extintivas funcionais”.

Miguel M. Serpa Lopes⁵⁰⁶ cita os juristas Henri De Page e M. Planiol, segundo os quais não há distinção entre os modos de extinção do contrato em razão de sua causa. O que Josseland divide em duas categorias esses últimos juristas definem como fatores suscetíveis de, em um dado momento, colocar fim ao contrato que não pela via normal, sem qualquer categorização.

Olhando para o direito brasileiro, Miguel M. Serpa Lopes⁵⁰⁷ estabelece cinco causas de extinção dos contratos. A classificação pensada pelo referido autor inicia-se com a rescisão, no caso de nulidade. Outra categoria seria a resolução, na superveniência de evento condicional, como a condição resolutória tácita ou expressa. O terceiro grupo de causas consiste na revogação, nos casos em que a lei concede tal direito. A penúltima categoria seria o distrato, situação em que há o acordo entre as partes em desfazer as relações contratuais. A última delas é a extinção pela teoria dos riscos.

Fran Martins⁵⁰⁸, por sua vez, estuda as diversas maneiras pelas quais os contratos podem ser extintos e as classifica em sete possibilidades. A extinção natural do contrato é aquela que ocorre por meio do cumprimento da obrigação no tempo, no modo e nas condições estipuladas, de modo a terminar a relação jurídica entre as partes. Já o não cumprimento da obrigação é outro modo de extinção, pois o inadimplemento por uma das partes enseja a possibilidade de resolução do contrato pela parte prejudicada. O pacto comissório, por sua vez, autoriza a extinção do contrato, já que este é celebrado no sentido

⁵⁰⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 417-458. (Série GVlaw). p. 417.

⁵⁰⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fonte das obrigações – contratos*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3. p. 199-200.

⁵⁰⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fonte das obrigações – contratos*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3. p. 201.

⁵⁰⁸ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 91 et seq.

de serem cumpridas as obrigações pactuadas. Há, outrossim, a resolução — involuntária — do contrato por impossibilidade do cumprimento da obrigação, exemplificativamente o caso fortuito ou a força maior. Como já visto no presente estudo, há a resolução por onerosidade excessiva em razão da ocorrência de motivos não previstos e não desejados pelas partes que torne a prestação excessivamente onerosa, com base na teoria da imprevisão. A sexta possibilidade se traduz por meio da rescisão, com base no fundamento de que as vontades tiveram força para criar um contrato e devem ter a mesma força para extingui-lo, podendo ser ação bilateral ou unilateral. A última categoria classificada pelo autor é a rescisão e a cessação do contrato, sendo que a primeira se daria por meio da verificação do desequilíbrio das prestações por meio do instituto da lesão e a segunda se daria quando da morte de um dos contratantes em contratos de caráter personalíssimo.

Ruy Rosado de Aguiar Junior⁵⁰⁹ traz à tona a classificação do NCC para as causas supervenientes de extinção contratual e lembra que não se encontra uniformidade na lei dos diversos países nem na doutrina nacional ou estrangeira sobre o tema. O autor explica que, no capítulo sobre a extinção dos contratos, o NCC dispôs acerca dos casos de ineficácia em sentido estrito, ou funcional, isto é, casos em que a extinção ocorre em razão de causas surgidas depois da convenção. Seriam quatro casos: (a) por vontade de ambas as partes contratantes, por meio do distrato, de acordo com o artigo 472 do NCC⁵¹⁰; (b) em razão da vontade de apenas uma das partes (resilição unilateral), nos termos do artigo 473 do NCC⁵¹¹; (c) como meio de defesa contra o inadimplemento, conforme disposto nos artigos 474 e 475 do NCC⁵¹²; e (d) como meio de defesa contra a onerosidade excessiva possibilitado pelos artigos 478 a 480 do NCC, como estudado na primeira parte deste trabalho. Passa-se a seguir a explicitar os três primeiros casos de extinção contratual dispostos no NCC.

⁵⁰⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 417-458. (Série GVlaw). p. 419 et seq.

⁵¹⁰ “Artigo 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.”

⁵¹¹ “Artigo 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

⁵¹² “Artigo 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. Artigo 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

O distrato pode ser operado para pôr fim ao contrato anterior se verificada a manifestação da vontade dos contratantes para desfazer os efeitos deste, desde que a relação a ser desfeita ainda se mantenha como contratada no momento do distrato e não atinja interesse de terceiro. Assim, sendo o distrato um passo no sentido contrário ao do contrato, lembra-se de que o contrato foi feito e lá fica, apenas sem qualquer irradiação de efeitos, nas palavras de Pontes de Miranda⁵¹³.

Diferentemente do distrato, que exige o consenso de todas as partes contratantes, a resilição unilateral se expressa pela manifestação de vontade de uma só parte em contratos de duração indeterminada. Por isso mesmo, Ruy Rosado de Aguiar Junior⁵¹⁴ argumenta que é necessário que se atente para os dois lados dessa questão. O autor lembra que, se por um lado é fundamental que as partes conservem seu direito de colocar fim em uma relação jurídica de prazo indeterminado, por outro lado cumpre ter em conta que a extinção da relação pode significar o fim da fonte exclusiva de rendimento da outra parte, que pode ter feito investimentos consideráveis. A solução para esse conflito vem por meio da sopesagem dos interesses de ambos, considerando para isso os subsídios oferecidos pelo princípio da boa-fé contratual.

A terceira hipótese colocada pelo NCC é a resolução. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Junior⁵¹⁵, pode ser definida como “modalidade de extinção do contrato que pressupõe o inadimplemento do devedor e nisso reside a especificidade que a distingue das outras formas de extinção”. O mesmo autor aponta os requisitos necessários para se operar a resolução, quais sejam: (a) que seja um contrato bilateral, já que somente assim há prestações recíprocas a serem liberadas pelo credor diante do não cumprimento pelo devedor, retornando a situação àquela anterior, com possibilidade de perdas e danos; (b) que haja inadimplemento definitivo resultante da impossibilidade superveniente da prestação, seja por qualquer fato não imputável ao devedor, caso em que o contrato se extingue por força de lei, seja por fato imputável a ele, caso em que o credor pode optar

⁵¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. p. 281-282.

⁵¹⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 417-458. (Série GVlaw). p. 439.

⁵¹⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 417-458. (Série GVlaw). p. 441.

por pedir a resolução do contrato ou o adimplemento da obrigação⁵¹⁶; e (c) que não haja inadimplência do credor, pois não se pode pedir a resolução pelo descumprimento da outra parte se o credor não tiver descumprido sua parte antes⁵¹⁷. Sobre a cláusula resolutiva, afirma Álvaro Villaça Azevedo⁵¹⁸ que o artigo 474 do NCC anuncia que, sendo expressa, opera de pleno direito e que, sendo tácita, só por meio de interpretação judicial. Isso posto, continua o autor argumentando que tal cláusula se encontra vinculada ao inadimplemento contratual, o que a impediria de chamar-se “resolutiva” ou “resolutória”.

Celso Barbi Filho⁵¹⁹ abrange especificamente o tema da rescisão do acordo de acionistas e adverte que, pelas peculiaridades desse tipo de contrato, a matéria deve ser examinada cogitando-se, separadamente, os acordos de prazo determinado e os acordos de prazo indeterminado. Determina o autor que a rescisão do acordo de acionistas de forma não consensual e motivada é denominada “resolução”. Se for uma rescisão de forma não consensual e imotivada, é denominada “resilição unilateral”.

Sobre os acordos de acionistas de prazo determinado, é importante ressaltar que só se extinguem, em princípio, por meio de resolução motivada por justa causa superveniente⁵²⁰. O acordo de acionistas por prazo indeterminado, por sua vez, pressupõe a livre denúncia por qualquer das partes, especialmente em razão do repúdio dos vínculos eternos.

Celso Barbi Filho⁵²¹ interpreta a doutrina de modo que esta teria adesão ao pensamento de que os acordos de acionistas de prazo indeterminado só poderão ser denunciados unilateralmente por justa causa, ou seja, por quebra da chamada *affectio*, por

⁵¹⁶ “Artigo 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

⁵¹⁷ “Artigo 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

⁵¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção do contrato (noções gerais). In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9-16. p. 13.

⁵¹⁹ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 51.

⁵²⁰ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 53.

⁵²¹ BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001. p. 53.

conduta incompatível ou dissídio de vontade das partes, ou ainda, de interpretação das cláusulas do acordo ou por outra desavença, bem como por condutas desleais em relação aos outros signatários e ao interesse social.

Não obstante isso, o referido autor entende que, acima de tudo, o acordo de acionistas é um contrato, de modo que não é possível condicionar a denúncia dos acordos de acionistas por prazo indeterminado à existência de motivo justificador. Não se pode dar tal caráter de perpetuidade à referida vinculação, pois um contrato de duração necessita da possibilidade de ponto final, caso contrário, adverte Pontes de Miranda⁵²², iria de encontro às necessidades da livre atividade dos homens.

Também sobre o mesmo tema, Arnaldo Wald⁵²³ argumenta que, sem dúvida, em certos contratos firmados por tempo indeterminado admite-se que haja a denúncia unilateral com aviso prévio e em outros casos esta só é admitida em virtude de justa causa (observado determinados requisitos), sob pena de ocorrer abuso de direito por parte do denunciante. Entretanto, adverte o autor, o contrato parassocial não pode ser considerado de prazo indeterminado, mas sim de prazo determinável. Tal prazo seria justamente o tempo da duração da associação entre os grupos nas empresas estruturados na forma do pacto parassocial. Não se pode esquecer que a estrutura do acordo de acionistas pode ter sido resultado de concessões mútuas das partes a fim de alcançar um equilíbrio, hipótese em que o negócio jurídico global assegura uma equação econômico-financeira que foi negociada e acertada pelas partes e que não pode ser rompida unilateralmente.

Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro⁵²⁴ lembram, ainda, que, caso desfeito tal equilíbrio em razão de restrição excessiva nos interesses patrimoniais do acionista, haverá um motivo justo para o desligamento do acionista do acordo, mesmo na ausência de estipulação contratual quanto à duração do acordo. Isso porque, não se pode deixar de apontar, as partes de um acordo de acionistas são acionistas de uma sociedade por essência

⁵²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. tomo 25. p. 294.

⁵²³ WALD, Arnaldo. Do descabimento de denúncia unilateral de pacto parassocial que estrutura o grupo societário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 30 (Nova Série), n. 81, p. 13-21, jan./mar. 1991. p. 19-21.

⁵²⁴ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 310.

empresária, em busca de retorno econômico por meio da assunção de determinados riscos e da não assunção de outros tantos.

Assim, a composição harmoniosa do conteúdo do acordo de acionistas e a sua posição de relativa estabilidade formam, para os acionistas, a situação de equilíbrio contratual. A ocorrência de um evento superveniente de caráter extraordinário e imprevisível que importe real onerosidade excessiva para uma das partes é capaz de desequilibrar o tal conteúdo contratual. Entretanto, a questão que se coloca de forma central aqui é: tal possibilidade de desequilíbrio não era, no momento da celebração do acordo, quista pelas partes, ou seja, uma álea normal prevista por elas como parte integrante do conteúdo contratual? Isso porque a aplicação da onerosidade excessiva sensibiliza, de forma relevante, o modo de lidar com os problemas relacionados ao risco, à álea contratual, que, como visto em capítulo dedicado ao tema, é elemento de extrema importância para os pactos ambientado no mundo dos negócios.

8 REVISÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

O tema do presente estudo requer, necessariamente, uma abordagem do entendimento jurisprudencial, haja vista que a onerosidade excessiva não é uma norma autônoma simplesmente, mas dependente de declaração judicial, inclusive no que se refere à verificação da existência do nexo de causalidade entre a onerosidade excessiva e o acontecimento imprevisível e extraordinário.

Orlando Gomes⁵²⁵ justifica que a aplicação da onerosidade excessiva só pode ser dada judicialmente pois a extinção das obrigações não pode ficar ao arbítrio do interessado na resolução, sob o fundamento de que se tornou extremamente difícil o respectivo cumprimento, observada a relevância do princípio da força obrigatória dos contratos. Ainda, o autor aponta que a intervenção judicial é de caráter imprescindível, pois é o juiz que decide se há onerosidade excessiva ou não e verifica a existência do nexo de causalidade entre a onerosidade excessiva e o acontecimento extraordinário e imprevisível.

De tal modo, foi realizada uma revisão do entendimento jurisprudencial no que se refere à declaração judicial, ou não, bem como a seus critérios de verificação de nexos de causalidade entre o alegado evento extraordinário e imprevisível e a onerosidade excessiva. Aqui se pretende identificar o ponto em que a inflexibilidade da intangibilidade dos pactos é rompida e o elemento-guia que leva os juízes a aplicar o mecanismo de reequilíbrio contratual por onerosidade excessiva, ou seja, até onde é considerado, nas vias judiciais, o limite da álea normal daquilo que foi convencionado.

Nessa perspectiva, neste trabalho a pergunta central escolhida para a pesquisa jurisprudencial é: qual o elemento-guia que autoriza a aplicação da onerosidade excessiva judicialmente? Para isso, as palavras-chave selecionadas foram “onerosidade excessiva”, “excessivamente oneroso(a)”, “acontecimento extraordinário e imprevisível”, “teoria da imprevisão”, “*rebus sic stantibus*”, “artigo 478 Lei 10.406”, “artigo 479 Lei 10.406” e “artigo 480 Lei 10.406”.

⁵²⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 181.

Foram excluídos da análise aqueles julgados que diziam respeito a temas do Código de Defesa do Consumidor, a menor onerosidade da execução judicial e a direito de família, bem como questões estritamente formais exclusivas do processo civil e outras que foram selecionada pelo filtro de busca mas que, no mérito, não tinham relação com o tema tratado pelos artigos 478 a 480 do NCC.

O acesso aos julgados de ações de revisão ou resolução contratual por onerosidade excessiva nos termos dos artigos 478 a 480 do NCC deu-se por pesquisa jurisprudencial nos tribunais de justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, em razão do fato de que são esses os dois tribunais de maior porte, de acordo com o relatório *Justiça em números*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça⁵²⁶, e no Superior Tribunal de Justiça⁵²⁷.

O corte temporal escolhido foram os anos de 2007 até 2013⁵²⁸. Tal escolha deve-se a dois fatos conjugados, a saber, a matéria estudada foi publicada no NCC em 10 de janeiro de 2002 e o tempo projetado para haver a sentença do juiz de primeira instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) é de 5,7 anos e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é de 5,5 anos⁵²⁹. Não constavam tais dados referentes ao STJ no relatório *Justiça em números*, mencionado anteriormente.

Das aproximadamente 1.500 decisões encontradas, 427 tiveram seu inteiro teor analisado, pois tratavam da aplicação da teoria da imprevisão e do mecanismo do artigo 478 do NCC (as exclusões deram-se da forma mencionada anteriormente). O resultado foi sistematizado na planilha que constitui o Apêndice A deste trabalho. Das 427 lá indexadas, em 23 delas o órgão judicial aplicou o mecanismo de correção de desequilíbrio contratual aqui estudado. Nas 404 restantes, o mecanismo não foi aplicado, o que representa um índice de 5,38% de aplicação, na amostra analisada, da correção de desequilíbrio contratual na forma aqui estudada.

⁵²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Relatório Justiça em números*. 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 3 out. 2013.

⁵²⁷ Não foi realizada pesquisa jurisprudencial em primeira instância em razão da não informatização de diversas e relevantes varas.

⁵²⁸ Data de fechamento da pesquisa jurisprudencial: 10 de outubro de 2013.

⁵²⁹ Projeções obtidas com os dados disponibilizados pelo relatório *Justiça em números*, por meio da divisão do total de processos em estoque (aguardando análise) pelos julgados proferidos.

Das 23 decisões favoráveis à correção do desequilíbrio contratual, cinco são oriundas do TJRJ, 18 do TJSP e nenhuma do STJ. As justificativas relacionadas à alteração brusca na inflação, na cotação de moeda estrangeira, em planos governamentais, nas políticas cambiais e na legislação são responsáveis por 12 decisões favoráveis. Reconhecimento de mudanças bruscas climáticas e hidrominerais, ou seja, de eventos imprevisíveis e extraordinários, somam quatro decisões. A justificativa de que, mesmo que houvesse certa previsibilidade do evento, a consequência econômica se mostrou imprevisível, comprometendo o pactuado e excedendo a álea normal e o risco ordinário, foi verificada em duas delas. As demais referem-se ao preenchimento adequado dos requisitos autorizadores do artigo 478 do NCC por diversos motivos explicitados no Apêndice A deste trabalho.

Numa análise qualitativa e quantitativa, a justificativa judicial para a não aplicação pode ser dividida em três justificativas. O primeiro motivo, que representa 13 casos, ou 3,21% das negativas, é formado por não preenchimento dos pressupostos legais, não verificação da relação contratual ou da relação contratual diferida e não verificação do nexo causal entre o evento extraordinário e imprevisível e a onerosidade excessiva. O segundo motivo, que representa 83 casos, ou 20,54% das negativas, é o reconhecimento judicial da existência do risco implícito e ordinário do negócio e da álea normal na natureza do negócio celebrado. O terceiro motivo, que representa 287 casos, ou 71,03% das negativas, é formado por não verificação de evento extraordinário e/ou imprevisível, não verificação da onerosidade excessiva, não verificação sequer de evento superveniente e não verificação do desequilíbrio contratual. Em 21 casos houve aplicação do segundo e do terceiro motivos conjuntamente, o que representa 5,19% do total de negativas. A representação gráfica dos resultados da pesquisa jurisprudencial dá-se da seguinte forma:

Gráfico 1 – Representação gráfica dos resultados da pesquisa jurisprudencial

Assim, pode ser apontada como elemento-guia autorizador da aplicação da onerosidade excessiva pelos órgãos judiciais estudados a conjunção (a) da verificação dos critérios legais dados pelo artigo 478 do NCC (negócio de trato sucessivo em que haja imprevisibilidade ou extraordinariedade de evento superveniente que tenha nexo causal com a onerosidade excessiva, provocando desequilíbrio do contrato) com (b) o fato de a onerosidade excessiva alegada estar além do risco implícito e da álea normal da natureza do negócio jurídico celebrado.

Vale ressaltar que a pesquisa jurisprudencial realizada não tinha como objetivo verificar a aplicação do mecanismo de reequilíbrio contratual disponibilizado pelo artigo 478 do NCC aos acordos de acionistas, especificamente. Não foram obtidos resultados quando aplicadas as palavras-chave “acordo de acionistas” e “imprevisão” ou “acordo de acionistas” e “onerosidade excessiva” nos campos de busca dos endereços eletrônicos do TJSP, do TJRJ e do STJ. Também, da prática da advocacia se percebe que na pesada maioria dos acordos de acionistas são pactuadas cláusulas de resolução de controvérsias por meio da arbitragem, sendo a justiça tradicional utilizada apenas para tutelas emergenciais.

9 ONEROSIDADE EXCESSIVA NO ACORDO DE ACIONISTAS

Como visto, a teoria da onerosidade excessiva está centrada no direito civil e, como instituto originário e próprio de tal vertente, foi visto neste trabalho que se apresenta como uma teoria alicerçada no conceito de risco. Dessa forma, encontraria compatibilidade com o direito e os contratos próprios do ambiente empresarial e negocial, em que existem, também, diversos contratos de longa duração cujo programa de alocação de risco foi pactuado, explícita ou implicitamente, pelas partes contratantes. Nesse cenário, entende-se aqui que a aplicação do mecanismo de reequilíbrio contratual possibilitado pelos artigos 478 a 480 do NCC somente encontrará seu espaço de aplicação nas dimensões contratuais em que o risco não tiver sido assumido por qualquer das partes, explicitamente ou implicitamente, considerando sempre o conteúdo e a natureza do objeto da cláusula, bem como sua proximidade ou seu afastamento em relação ao risco programado.

Uma eventual aceitação de escopo mais alargado de aplicação de tal mecanismo nos acordos de acionistas, e mesmo no ambiente negocial e empresarial de forma mais geral, poderia trazer consigo um ambiente de incertezas. Essa insegurança colocaria as partes de um contrato a negociar programas contratuais baseados na insegurança quanto à possibilidade de não cumprimento contratual, bem como nas responsabilidades da parte beneficiada pelo abrandamento do pactuado. Vale lembrar a intolerância à insegurança nas negociações. Seria impraticável a situação em que um acionista que exerceu seu direito de preferência para aquisição de certo número de ações por certo preço pudesse, depois de aceitar a oferta, deixar de cumprir sua promessa porque o preço da coisa diminuiu depois de celebrada sua aquisição. Haveria tal incerteza sem a limitação clara para as possibilidades de aplicação, isto é, o evento alterador da base contratual não pode se relacionar com a álea específica de dúvidas e incertezas do objeto negociado. Caso o evento superveniente esteja ligado à álea prevista, o emprego da onerosidade excessiva estará afastado.

Paula Bandeira⁵³⁰ lembra a recente situação vivenciada no Brasil em razão da crise financeira do ano de 2008. A questão se deu em relação às operações de compra e venda de

⁵³⁰ BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 148.

execução diferida de participações societárias de companhias que tiveram grande queda no valor de suas ações. Os adquirentes ajustaram a compra dessas participações antes da crise, portanto ofereceram determinado valor proporcional às ações a serem adquiridas. Sustentaram que a crise financeira superveniente era de caráter extraordinário e imprevisível e provocou grande queda no valor das ações, que não valeriam mais aquilo que se havia convencionado pagar, abalando a comutatividade anteriormente pactuada.

Para exemplificar, a cláusula de opção de liquidez de um acordo de acionistas vista anteriormente traz consigo um risco implícito de alteração do mercado após exercida a permuta de ações para abertura de capital do controlador do acionista parte do acordo, trazendo como retorno financeiro valor bem menor para o acionista que realizou a permuta do que o valor esperado antes de exercer a opção. Tal risco está abarcado no programa contratual da cláusula, não podendo esta ser questionada para fins de reequilíbrio contratual. Entretanto, caso, após exercida a opção de liquidez, a bolsa de valores programada para a abertura de capital anuncie seu fechamento, provavelmente o reequilíbrio por meio da aplicação do mecanismo da onerosidade excessiva seria aceito, uma vez que tal fato não estaria abarcado dentro da álea normal do programa de alocação de riscos de tal cláusula.

Outro exemplo é a cláusula de opção de compra de ações com janelas temporais de exercício subsequentes e valor dado por um múltiplo ou uma fórmula, ou seja, determinável. É possível imaginar uma situação em que o acionista deixe de exercer uma opção de compra em razão de considerar as ações sobrevalorizadas e em que, entre o último dia do prazo para opção de compra desse acionista e o primeiro dia para opção de compra do outro acionista, haja uma subvalorização em razão de algum acontecimento imprevisível e extraordinário, exercendo o segundo acionista sua opção e adquirindo todas as ações do primeiro por um valor bem menor. Entretanto, o fato de assumir um múltiplo ou uma fórmula de cálculo e as janelas específicas para o exercício da opção por cada um dos acionistas traz consigo, no cerne do programa da cláusula, o risco inerente ao possível benefício do acionista que for o comprador em cada um dos momentos, estando situado dentro da álea normal da cláusula pactuada, não havendo que se falar em onerosidade excessiva para a parte prejudicada.

Tal linha de raciocínio também tem cabimento para as cláusulas de opção de venda conjunta e de obrigação de venda conjunta, vistas anteriormente, programadas no mesmo acordo de acionistas. Muitas vezes, o não exercício da opção de venda conjunta pode disparar a possibilidade de o majoritário invocar a obrigação de venda conjunta de ações para os minoritários. Exemplificando, com a entrada de um novo acionista investidor adquirente de um lote de ações do majoritário, os minoritários não exercem seu direito de venda conjunta, pois claramente o valor de suas ações subirá. Entretanto, em razão da ocorrência de algum evento imprevisível e extraordinário, o valor das ações de todos declina e o adquirente decide adquirir maior número de ações. Os minoritários serão obrigados a alienar suas ações em razão do disparo da obrigação de venda conjunta pelo majoritário, não havendo que se falar em onerosidade excessiva pois terão de vender barato. Isso porque o exercício do chamado “*drag along*” convencionado pelas partes nada tem de imprevisível, já que não tem condicionantes para o seu disparo, abarcando o risco de os minoritários alienarem as suas ações em momento de subvalorização.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa aqui desenvolvida teve como objetivo contribuir para o estudo do direito no que se refere à reflexão sobre o alcance da correção do desequilíbrio do acordo de acionistas em consequência de evento superveniente, imprevisível e extraordinário que impacte de forma direta na composição do conteúdo contratual e na alocação de riscos correspondente, por meio do mecanismo previsto nos artigos 478 a 480 do NCC.

No que se refere às hipóteses avençadas no início do trabalho para a realização desta investigação, ficou demonstrado que a possibilidade da aplicação do mecanismo de reequilíbrio contratual em razão de onerosidade excessiva em acordo de acionistas somente poderá ter seu alcance naquele plano de riscos que não compõe o conteúdo do programa contratual. Ponto de especial atenção é o risco implícito nas cláusulas de acordo de acionistas, uma vez que tal tipo contratual comporta cláusulas com maior viés de risco assumidos pelas partes. Ainda, foi verificado que a reflexão proposta é totalmente permeada pela noção de risco e por sua correlata alocação no programa contratual. A posição de relativa estabilidade contratual pode ser afetada em razão de um evento superveniente extraordinário e imprevisível, e a correção contratual pode ser considerada a partir do limite do que é considerado risco ordinário assumido pelas partes, ou seja, no plano em que se inicia o risco extraordinário, não integrante do programa contratual.

Importante destacar o valor de análise e sopesagem de tal mecanismo de correção ao acordo de acionistas para que não haja prejuízo à segurança jurídica dos negócios privados e, conseqüentemente, ao desenvolvimento econômico do país. Como demonstrado, foi justamente o uso desenfreado do reequilíbrio contratual que fez com que este fosse quase expulso da sistemática contratual durante o período clássico. É a identificação da natureza da cláusula que definirá se haverá ou não a possibilidade de aplicação da correção da onerosidade excessiva, pois demonstrará a forma de alocação ou não do risco dentro da álea normal e dos riscos ordinários pactuados. Se o objeto da cláusula possui uma característica voltada mais ao risco do que à própria prestação, não se encontra a compatibilidade para aplicação da correção da onerosidade excessiva no acordo de acionistas.

A pesquisa jurisprudencial demonstrou o reconhecimento judicial firme do risco implícito e ordinário do negócio e da álea normal própria da natureza do negócio celebrado, bem como rigor com a identificação do evento extraordinário e/ou imprevisível, da onerosidade excessiva, da superveniência e do próprio desequilíbrio contratual. A pesquisa apontou como elemento-guia autorizador da aplicação da onerosidade excessiva pelos órgãos judiciais estudados a conjunção da identificação dos critérios legais com a identificação do fato de a onerosidade excessiva estar além daquele risco implícito e da álea normal da natureza do negócio jurídico celebrado. Tais resultados apontam para uma criteriosa possibilidade de correção de desequilíbrio contratual compatível com a dinâmica e o ambiente dos acordos de acionistas.

REFERÊNCIAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. *Acordo de acionistas: típicos e atípicos*. Curitiba: Juruá, 2011.
- ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Editora Senac, 2009.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 417-458. (Série GVlaw).
- ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Milano: CEDAM, 2007.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro)*. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDREWS, Neil. *Contract law*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, p. 11 a 31, set. 2003.
- ASCARELLI, Tullio. A evolução no direito comercial: a unificação do direito das obrigações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 2-45, set./out. 1953.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. Tradução de Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 37 (nova série), n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 1.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. Biblioteca Digital Ius Commune*. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira5.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2013.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 47-77.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção do contrato (noções gerais). In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9-16.

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: ALVIM, Arruda; ROSAS, Roberto; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-45.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 733, p. 109-122, 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 11-17, maio 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 113-140, fev. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas*: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AZEVEDO, Philadelpho. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou dirigismo na vida contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, São Paulo, n. 145, 1956.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos de derivativo e a teoria da imprevisão. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Contratos*: formação e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 773-779. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4).

BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40 (nova série), n. 121, p. 30-55, jan./mar. 2001.

BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. 2. reimp. Milano: Giuffrè, 1998.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, p. 18-29, mar. 1992.

BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 757-771. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 4).

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referência ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSELLI, Aldo. *Eccessiva Onerosità*. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, 3. ed., p. 336, 1957.

BOSELLI, Aldo. *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. Torino: UTET, 1952.

BROSETA PONT, Manuel. *La empresa, la unificación de derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, 1965.

BULGARELLI, Waldirio. Validade de disposição de acordo de acionistas de votarem em bloco, assegurando a política gerencial única e necessária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 123, p. 185-187, jul./set. 2001.

BULGARELLI, Waldirio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 40, p. 79-102, out./dez. 1980.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos civis e mercantis*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1981.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell' equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 12.

CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. *Oferta pública de aquisição de ações*. São Paulo: IBMEC, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell azione nascente dal contratto preliminare*: saggi di diritto processuale civile. Roma: Foro Italiano, 1930.

COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, Chicago, v. 4, p. 386-405, 1937. Republicado em 1988 em *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do artigo 118 da Lei das S.A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, p. 32-38, set. 1979.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 655, p. 7-11, 1990.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedades por ações*: comentários ao Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, com as alterações da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 - Lei do mercado de capitais. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 2

DANTAS, F. C. San Tiago. Direito privado brasileiro: aspectos gerais de sua evolução nos últimos cinquenta anos. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 315-323, out./dez. 2003. Texto publicado originalmente em 15 jun. 1951 no *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro.

DANTAS, F. C. San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, ano 49, fascículos 583 e 584, p. 5-13, jan./fev. 1952.

DANTAS, F. C. San Tiago. *Problemas de direito positivo*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. tomo 1.

DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no CDC e no CC de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 171-200, out./dez. 2007.

DUARTE JR., Antonio Marcos. A importância do gerenciamento de riscos corporativos em bancos. In: DUARTE JR., Antonio Marcos; VARGA, Gyorgy (Orgs.). *Gestão de riscos no Brasil*. Rio de Janeiro: Financial Consultoria, 2003. p. 3-12.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

EIZERIK, Nelson. Acordo de acionistas: arquivamento na sede social – vinculação dos administradores de sociedade controlada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 129, p. 45-53, 2003.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A cláusula rebus sic stantibus no direito contemporâneo. *Revista Direito*, São Paulo, v. 1, 1954.

FEITOSA, Maria Luiza P. Alencar M. As relações multiformes entre contrato e risco. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 35-58, jul./set. 2005.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. 2011. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: L.G.D.J. (Thèses Bibliothèque de droit privé, v. 366).

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr./jun. 2003.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Gustavo H. B. Os limites da teoria de imprevisão: o “revisionismo” fora do lugar debilita o ambiente contratual brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 10, n. 35, p. 311-342, jan./mar. 2007.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRONTINI, Paulo Salvador. A atividade negocial e seus pressupostos econômicos e políticos sobre os fundamentos constitucionais do direito comercial e a função social da livre iniciativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 255, n. 877/879, p. 99-103, 1976.

FUX, Luiz. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 73-82, jan./mar. 2001.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, jan./mar. 1981.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a economia dos contratos privados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 31, ano 17, p. 77-90, 1978.

HARDY, Charles O. *Risk and risk-bearing*. In: KRONMAN, Antony; POSNER, Richard. *The economics of contract law*. Boston: Little Brown, 1979.

HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1, 2012, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007, Brasília. *Anais...* Brasília: CJF, 2007.

JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano, liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LASBORDES, Victoire. *Les contrats déséquilibrés*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille – Puam Faculté de Droit et de Science Politique: 2000. tomo 1.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12 a 24, jan./mar. 2006.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Lesão enorme em contrato comutativo e *put option agreement*. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. p. 509-518.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Pacto de opção de compra (call) de ações em acordo de acionistas. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 3.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 1.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 2.

LINS, Jair. A cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 55, 1923.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 441 a 499.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. 1959. Tese de Cátedra, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1959.

MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Editora Saraiva, São Paulo, v. 15, n. 235, p. 30-31, 1978.

MARCARIO, Francesco. *Adeguamento e rinogoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996.

MARTIN, Anne-Céline. *L'imputation des risques entre contractants*. Paris: LGDJ Lextenso, 2009.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2. tomo 1.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNK, Phillipe. *Les obligations*. 5ème ed. Paris: Defrénois Lextenso, 2011.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contratos anteriores ao Plano Brasil Novo sem mecanismo de adaptação à nova realidade econômica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 348, p. 79 a 95, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 7, v. 25, p. 11-39, abr./jun. 2010.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1956.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro: de Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 363 a 385.

NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. In: REIS, Selma Negrão dos (Coord.). *Questões de direito civil e o Novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. p. 46 a 75.

NICÔLO, Rosario. *Alea. Enciclopedia del diritto*, v. I, p. 1027 e ss, 1954.

NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico. *Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros*, São Paulo, n. 3, 1958.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVO Código Comercial pode trazer mais problemas que soluções, afirma Paula Forgioni. *Migalhas*, 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189402,51045-Novo+Codigo+Comercial+pode+trazer+mais+problemas+que+solucoes+afirma>>. Acesso em: 31 out. 2013.

OPPO, Giorgio. *Contratti parassociali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1942.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito; Millennium, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula “*rebus sic stantibus*”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, ano 39, fascículo 472, p. 798-812, out. 1942.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013. v. 3.

PERILLO, Joseph M. Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference. *Fordham Law Review*, v. 68, 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241263>. Acesso em: 6 set. 2013.

PINTO, Henrique Motta. Seminário de Metodologia 4: a formação da jurisprudência, a jurisprudência como formação e pesquisa. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coords. e orgs.). *Pesquisa empírica em direito*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013. p. 383 a 426.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. tomo 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. tomo 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. tomo 25.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1959. v. 25.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Direito das Obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. tomo 22.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit civil: les obligations*. 6ème ed. Paris: Dalloz, 2010.

PRADO, Viviane Muller. Aplicação imediata na nova disciplina sobre acordo de acionistas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 262 a 268, jul./set. 2002.

RAMOS, Felipe de Freitas. Responsabilidade dos signatários de acordo de voto no regime da Lei 10.303/01. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41 (nova série), n. 125, p. 114-128, jan./mar. 2002.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, ano 92, p. 11-19, fev. 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Relatório Justiça em números*. 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 3 out. 2013.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

RIBEIRO, Milton Nassau. O desequilíbrio econômico financeiro nos contratos após o Código Civil de 2002. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 49, n. 155/156, p. 49-65, ago./dez. 2010.

RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949.

ROCHA, Arthur. *Da intervenção do Estado nos contratos concluídos*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1932.

RODRIGUES, Pedro Paulo Moreira. *A execução específica dos acordos de acionistas*. 2009. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: a autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1947.

SCHUNCK, Guiliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil: críticas e questões controvertidas*. São Paulo: LTr, 2010.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. A cláusula *rebus sic standibus* no direito contemporâneo. *Revista Direito*, São Paulo, 1957.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fonte das obrigações – contratos*. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.

SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SHAVELL, Steven. Is breach of contract immoral? *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 531*, Nov. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=868592>. Acesso em: 6 set. 2013.

SOUZA, Ernani Vieira de. *Execução específica de obrigação de emitir declaração de vontade e outros temas divergentes no processo civil*. São Paulo: Livlex, 1979.

SZTAJN, Rachel. Acordo de acionistas. In: SADDI, Jairo (Org.). *Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB Thomson; Ibme Law, 2002. p. 273-294.

SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979.

EUROPEAN UNION. *The principles of European contract law*. 1999. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002>>. Acesso em: 20 set. 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 11 a 35, 2012.

VALLADÃO, Haroldo. *História do direito, especialmente do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato: seus efeitos nos contratos mercantis (alguns aspectos relevantes)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Vallardi, 1934. v. 1.

WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36 (Nova Série), n. 110, p. 7-15, abr./jun. 1998.

WALD, Arnaldo. Do descabimento de denúncia unilateral de pacto parassocial que estrutura o grupo societário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 30 (Nova Série), n. 81, p. 13-21, jan./mar. 1991.

ZANITELLI, Leando Martins. Resolução e revisão contratual por fato superveniente: justiça e eficiência na alocação de riscos contratuais. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, n. 15, p. 69-92, jan./jun. 2011.

Legislação e Projeto de Lei:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940*. Sociedade por Ações (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2627.htm>. Acesso em: 08 dez. 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 08 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916*. Código Civil (revogado). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2001/06/21062001/13767.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Lei das Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 08 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 08 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 08 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 dez. 2013.

Brasil. Código Civil (2002). Código Civil. — Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/senador/fatimacleide/Educacao/c%C3%B3digocivil.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 634/1975*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos n. 196, de 24 de junho de 1976. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>. Acesso em: 20 set. 2013.

FRANCE. *Décret n. 2009-302, du 18 mars 2009*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=DC4C43509E5FE3392212AEBCA44CBCF1.tpdjo15v_3?cidTexte=JORFTEXT000020414100&idArticle=LEGIARTI000020414674&dateTexte=&categorieLien=id%20-%20LEGIARTI000020414674>. Acesso em: 08 dez. 2013.

Endereços eletrônicos

Comissão de Valores Mobiliários: www.cvm.gov.br

Planalto: www2.planalto.gov.br

Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações: <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/fatimacleide/Educacao/c%C3%B3digocivil.pdf>.

Câmara dos Deputados: www.camara.gov.br

APÊNDICE A – Resultado da pesquisa jurisprudencial

Quadro 1 – Resultado da pesquisa jurisprudencial – Superior Tribunal de Justiça (continua)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
1.	2013	STJ	Recurso Especial nº 866.414 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
2.	2012	STJ	Recurso Especial nº 945166 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
3.	2012	STJ	Recurso Especial nº 1.288.033 – MA	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Desaparecimento da aptidão do bem a ser alienado.
4.	2011	STJ	Recurso Especial nº 936.741 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
5.	2010	STJ	Recurso Especial nº 858785 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
6.	2010	STJ	Recurso Especial nº 849.228 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Safra futura de soja.
7.	2010	STJ	Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 1.125.242 – MT	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
8.	2010	STJ	Recurso Especial nº 1.016.988 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
9.	2009	STJ	Recurso Especial nº 679.135 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
10.	2009	STJ	Recurso Especial nº 977007 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
11.	2008	STJ	Recurso Especial nº 744.446 – DF	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Inflação não é álea extraordinária, não há desequilíbrio na equação econômica do contrato.
12.	2007	STJ	Recurso Especial nº 803.674 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.

Quadro 1 – Resultado da pesquisa jurisprudencial – Superior Tribunal de Justiça (conclusão)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
13.	2007	STJ	Recurso Especial nº 783.404 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
14.	2007	STJ	Recurso Especial nº 803.481 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
15.	2007	STJ	Recurso Especial nº 783520 – GO	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço e entrega futura.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continua)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
16.	2013	TJSP	Apelação nº 0070086-44.2010.8.26.0002	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Possibilidade contratual de rescisão por reduzido número de alunos.
17.	2013	TJSP	Apelação nº 0014119-03.2012.8.26.0565	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
18.	2013	TJSP	Apelação nº 0018117-74.2010.8.26.0362	Não	Não verificação da relação contratual para aplicação da onerosidade excessiva.
19.	2013	TJSP	Apelação nº 0002302-82.2010.8.26.0347	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Riscos inerentes à atividade empresarial. Crise financeira.
20.	2013	TJSP	Apelação nº 0214717-15.2009.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Possibilidade contratual de retenções.
21.	2013	TJSP	Apelação nº 9191142-62.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
22.	2013	TJSP	Apelação nº 0100729-88.2010.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
23.	2013	TJSP	Apelação nº 0115189-08.2009.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Riscos inerentes à atividade empresarial. Crise financeira.
24.	2013	TJSP	Apelação nº 0005132-40.2011.8.26.0297	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
25.	2013	TJSP	Apelação nº 0004420-55.2010.8.26.0048	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Valores pactuados contratualmente.
26.	2013	TJSP	Apelação nº 0015939-93.2012.8.26.0068	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
27.	2013	TJSP	Apelação nº 0011542-06.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
28.	2013	TJSP	Apelação nº 0004752-08.2005.8.26.0659	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade na constuição civil é circunstância típica do ramo.
29.	2013	TJSP	Apelação nº 0007978-12.2002.8.26.0114	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Reajuste de valores pactuados contratualmente.
30.	2013	TJSP	Apelação nº 0005035-20.2005.8.26.0404	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço das <i>commodities</i> agrícolas no mercado futuro.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
31.	2013	TJSP	Apelação nº 0016986-66.2009.8.26.0405	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Cada parte assume risco da sua atividade.
32.	2013	TJSP	Apelação nº 0003756-85.2008.8.26.0309	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
33.	2013	TJSP	Apelação nº 0003823-21.2009.8.26.0372	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
34.	2013	TJSP	Apelação nº 0001287-77.2005.8.26.0404	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
35.	2013	TJSP	Apelação nº 0016993-72.2009.8.26.0562	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
36.	2013	TJSP	Apelação nº 9164577-95.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados no contrato.
37.	2013	TJSP	Apelação nº 9214677-20.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
38.	2013	TJSP	Apelação nº 0000239-09.2010.8.26.0081	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Insucesso comercial da atividade privada.
39.	2013	TJSP	Apelação nº 0067544-93.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Preço e forma de pagamento preestabelecidos.
40.	2013	TJSP	Apelação nº 0033214-96.2010.8.26.0562	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Previsão contratual da cobrança da sobre-estadia para atraso da entrega dos contêineres.
41.	2013	TJSP	Apelação nº 9078386-81.2006.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empreitada a preço fixo.
42.	2013	TJSP	Apelação nº 0029476-23.2009.8.26.0114	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Problemas na administração da empresa, crise econômica e conflito entre sócios.
43.	2013	TJSP	Apelação nº 0003902-79.2010.8.26.0011	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço das <i>commodities</i> agrícolas no mercado futuro.
44.	2013	TJSP	Apelação nº 0145017-20.2007.8.26.0100	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empreitada a preço fixo.
45.	2013	TJSP	Apelação nº 0146730-73.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados no contrato.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
46.	2013	TJSP	Apelação nº 0118260-32.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados no contrato.
47.	2013	TJSP	Apelação nº 0016887-19.2011.8.26.0602	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Reajuste salarial de empregados da empresa.
48.	2013	TJSP	Apelação nº 0016888-04.2011.8.26.0602	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Reajuste salarial de empregados da empresa.
49.	2013	TJSP	Apelação nº 0003902-79.2010.8.26.0011	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Contrato de venda futura.
50.	2013	TJSP	Apelação nº 0060982-05.2008.8.26.0000	Sim	Critério para a imprevisibilidade: mesmo que haja certa previsibilidade do evento, a consequência econômica se mostrou imprevisível, comprometendo o pactuado.
51.	2013	TJSP	Apelação nº 0023263-83.2010.8.26.0625	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário, nem da onerosidade excessiva.
52.	2013	TJSP	Apelação nº 0010421-45.2012.8.26.0320	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Encargos convencionados contratualmente.
53.	2013	TJSP	Apelação nº 0208877-53.2011.8.26.0100	Não	Não preenchimento dos critérios legais para aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva.
54.	2013	TJSP	Apelação nº 124435-28.2009.8.26.0003	Não	Não verificação da excessiva onerosidade. Diante do não pagamento pelo devedor originário, o autor seria o responsável.
55.	2013	TJSP	Apelação nº 9174398-89.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
56.	2013	TJSP	Apelação nº 9074432-22.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Concessão de benefício de programa governamental para parte inscrita no programa.
57.	2013	TJSP	Apelação nº 0836244-82.2006.8.26.0001	Não	Não preenchimento dos critérios legais para aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva.
58.	2013	TJSP	Apelação nº 9252421-49.2008.8.26.0000 6/6	Sim	Critério para a imprevisibilidade: mesmo que haja certa previsibilidade do evento, a consequência econômica se mostrou imprevisível, comprometendo o pactuado.
59.	2013	TJSP	Apelação 0000264-31.2010	Não	Não verificação do evento superveniente, nem da onerosidade excessiva.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
60.	2013	TJSP	Apelação nº 0067544-93.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações cambiais pequenas.
61.	2013	TJSP	Apelação nº 9209099-76.2008.8.26.0000	Sim	Onerosidade excessiva em razão de mudança na política cambial do país.
62.	2013	TJSP	Apelação nº 0000681-92.2011.8.26.0257	Não	Não verificação do evento superveniente, nem da onerosidade excessiva.
63.	2013	TJSP	Apelação nº 0142995-47.2011.8.26.0100	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual. Desapropriação.
64.	2013	TJSP	Apelação nº 0136503-05.2012.8.26.0100	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Não renovação de contrato de locação.
65.	2013	TJSP	Apelação nº 329163-26.2007.8.26.0577	Sim	Onerosidade excessiva pela aplicação de tabela Price e juros compostos desde a época da celebração do contrato. Alterações legislativas.
66.	2013	TJSP	Apelação nº 9124025-88.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento superveniente. Saldo devedor por penalidades do inadimplemento.
67.	2013	TJSP	Agravo de Instrumento nº 0222427-90.2012.8.26.0000	Não	Não preenchimento dos critérios legais para aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva.
68.	2013	TJSP	Apelação nº 9162597-45.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
69.	2013	TJSP	Embargos de Declaração nº 9109164-34.2006.8.26.0000	Não	Não verificação da relação contratual para aplicação da onerosidade excessiva. Pagamento em parcelas não é execução diferida.
70.	2013	TJSP	Apelação nº 0050770-34.2005.8.26.0224	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Financiamento imobiliário com tabela Price.
71.	2013	TJSP	Apelação nº 0208816-95.2011.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxas administrativas pactuadas no contrato.
72.	2013	TJSP	Apelação nº 0080695-75.2009.8.26.0114	Não	Não preenchimento dos critérios legais para aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva.
73.	2013	TJSP	Apelação nº 0053806-74.2011.8.26.0224	Não	Não verificação do evento superveniente.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
74.	2013	TJSP	Apelação nº 9104468-81.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Real financiamento do preço, custo próprio derivado, que não se relaciona com a valorização do mercado imobiliário.
75.	2013	TJSP	Apelação nº 9117445-71.2009.8.26.0000	Não	Não preenchimento dos critérios legais para aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva.
76.	2013	TJSP	Apelação nº 0022020-36.2009.8.26.0562	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Critérios de ajustes do crédito pactuados no contrato.
77.	2013	TJSP	Apelação nº 9138387-61.2008.8.26.0000	Não	Eventos extraordinários e imprevisíveis não têm nexo causal com a onerosidade excessiva.
78.	2013	TJSP	AgRg-AREsp-259.828	Não	Não verificação da onerosidade excessiva.
79.	2013	TJSP	Apelação n. 0012214-53.2010.8.26.0008	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
80.	2013	TJSP	Apelação nº 0002246-68.2011.8.26.0297	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
81.	2013	TJSP	Agravo de Instrumento nº 0269983-88.2012.8.26.0000	Não	Não verificação da onerosidade excessiva.
82.	2013	TJSP	Apelação nº 9192324-49.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
83.	2013	TJSP	Embargos de Declaração nº 2892-95.2007.8.26.0466	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço e entrega futura.
84.	2012	TJSP	Apelação nº 9110332-66.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
85.	2012	TJSP	Apelação nº 0002666-76.2011.8.26.0005	Sim	Aumento da inflação pelo índice de reajuste de valores contratual em mais de quatro vezes do que se via à época da celebração do contrato.
86.	2012	TJSP	Agravo de Instrumento nº 0184306-27.2011.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Suposições alegadas, situação jurídica que poderá ocorrer ou não.
87.	2012	TJSP	Apelação n.º 0209171-42.2010.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
88.	2012	TJSP	Embargos de Declaração nº 9124229-06.2005.8.26.0000/50000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Valores cobrados pactuados na contraproposta aceita.
89.	2012	TJSP	Apelação nº 9251073-93.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento superveniente nem da onerosidade excessiva.
90.	2012	TJSP	Apelação nº 0001032-77.2004.8.26.0106 5	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
91.	2012	TJSP	Apelação nº 0183665-35.2008.8.26.0100	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Comissão fixa.
92.	2012	TJSP	Apelação nº 1320-47.2010.8.26.0160	Não	Não verificação da onerosidade excessiva. Busca e apreensão por inadimplemento.
93.	2012	TJSP	Apelação nº 9078356-41.2009.8.26.0000	Sim	Verificada onerosidade excessiva em razão de aplicação de tabela Price em financiamento imobiliário. Alterações legislativas.
94.	2012	TJSP	Apelação nº 0342494-89.2009.8.26.0000	Não	Não verificação da onerosidade excessiva. Preço acima do valor de mercado.
95.	2012	TJSP	Apelação nº 0003283-61.2009.8.26.0278	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Contrato com administração pública, edital continha quantidade e preço mensal.
96.	2012	TJSP	Apelação nº 0083737-28.2005.8.26.0000	Não	Não verificação do evento superveniente nem da onerosidade excessiva. Renegociação com a outra parte.
97.	2012	TJSP	Apelação nº 1085-12.2011.8.26.0430	Não	Não verificação do evento superveniente.
98.	2012	TJSP	Apelação nº 0031557-68.2011.8.26.0309	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxas de juros pactuadas contratualmente.
99.	2012	TJSP	Apelação nº 43533-81.2010.8.26.0576	Não	Não verificação da onerosidade excessiva do contrato.
100.	2012	TJSP	Apelação nº 991.08.007621-2	Não	Não preenchimento dos critérios legais para aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva.
101.	2012	TJSP	Apelação nº 9176859-68.2007.8.26.0000	Sim	Alteração cambial em patamar imprevisível deu ensejo à quebra da paridade contratual configurando onerosidade excessiva e que inviabiliza o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
102.	2012	TJSP	Apelação nº 0008070-41.2008.8.26.0126	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Reajuste salarial de empregados da empresa.
103.	2012	TJSP	Apelação nº 9000063-77.2008.8.26.0037	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices pactuados contratualmente.
104.	2012	TJSP	Apelação nº 9076462-64.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
105.	2012	TJSP	Apelação nº 0008478-48.2008.8.26.0541	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração do preço de materiais de construção. Empreitada a preço fixo.
106.	2012	TJSP	Apelação nº 0200656-46.2009.8.26.0005	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
107.	2012	TJSP	Apelação nº 9290482-76.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Secas na agricultura.
108.	2012	TJSP	Apelação nº 9066546-69.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Prorrogação de prazo contratual.
109.	2012	TJSP	Apelação nº 9062212-60.2007.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração do mercado de automóveis novos é previsível para empresa do ramo.
110.	2012	TJSP	Apelação nº 0369562-14.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
111.	2012	TJSP	Apelação nº 0004922-48.2009.8.26.0009	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
112.	2012	TJSP	Apelação nº 0218898-93.2008.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Cobranças pactuadas contratualmente.
113.	2012	TJSP	Apelação nº 9069932-10.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
114.	2012	TJSP	Apelação nº 0126936-95.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
115.	2012	TJSP	Apelação nº 9051057-89.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação cambial da moeda estrangeira.
116.	2012	TJSP	Apelação nº 9123815-66.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Comercialização de insumos e produtos agrícolas.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
117.	2012	TJSP	Apelação nº 9211892-51.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação cambial da moeda estrangeira
118.	2012	TJSP	Apelação nº 0101639-33.2006.8.26.0008	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados contratualmente.
119.	2012	TJSP	Apelação nº 0044020-68.2010.8.26.0053	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Problemas alfandegários. Empresa do ramo de importação e exportação.
120.	2012	TJSP	Apelação nº 9082146-33.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de valor em contratos agrícolas.
121.	2012	TJSP	Apelação nº 0164372-88.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação cambial da moeda estrangeira
122.	2012	TJSP	Apelação nº 0193362-89.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Chuvas em negócios de construção ao ar livre. Aumento de preço de insumo.
123.	2012	TJSP	Apelação nº 0004634-07.2009.8.26.0428	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
124.	2012	TJSP	Apelação nº 9190327-65.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Parcelas do preço pactuados contratualmente.
125.	2012	TJSP	Apelação nº 0200054-66.2006.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados contratualmente
126.	2012	TJSP	Apelação nº 0001241-79.2009.8.26.0588	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Aumento de preço de produtos de insumo.
127.	2012	TJSP	Apelação nº 9166704-35.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível e extraordinário.
128.	2012	TJSP	Apelação nº 9236658-08.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
129.	2012	TJSP	Apelação nº 9138195-65.2007.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
130.	2012	TJSP	Apelação nº 9098520-27.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Entraves administrativos e judiciais em obras imobiliárias.
131.	2012	TJSP	Apelação nº 0049080-21.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Desaquecimento do mercado.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
132.	2012	TJSP	Apelação nº 0127095-87.2012.8.26.0100	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Problemas alfandegários.
133.	2012	TJSP	Apelação nº 9290956-47.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Seca na agricultura.
134.	2012	TJSP	Apelação nº 0008946-50.2008.8.26.0302	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados contratualmente
135.	2012	TJSP	Apelação nº 0002257-42.2010.8.26.0650	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Aumento de preço de produtos químicos.
136.	2012	TJSP	Apelação nº 0327582-87.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados contratualmente
137.	2012	TJSP	Apelação nº 0166687-75.2011.8.26.0100	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
138.	2012	TJSP	Apelação nº 0063142-21.2008.8.26.0576	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Aumento de preço de gêneros alimentícios.
139.	2012	TJSP	Apelação nº 9110332-66.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados contratualmente
140.	2012	TJSP	Apelação nº 0084151-44.2005.8.26.0576	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste pactuados contratualmente
141.	2011	TJSP	Embargos de Declaração nº 216273-90.2011.8.26.0000	Não	Não verificação do evento superveniente, imprevisível e extraordinário.
142.	2011	TJSP	Apelação nº 0083130-44.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxa de juros bancária alta.
143.	2011	TJSP	Agravo de Instrumento nº 0216273-90.2011.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
144.	2011	TJSP	Apelação nº 9091938-16.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário, nem a onerosidade excessiva.
145.	2011	TJSP	Apelação nº 0106590-51.2007.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária para evitar perda de poder aquisitivo por índice ajustado contratualmente.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
146.	2011	TJSP	Apelação nº 9187257-74.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
147.	2011	TJSP	Apelação nº 0139149-41.2005.8.26.0000	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual
148.	2011	TJSP	Apelação nº 0106859-61.2005.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
149.	2011	TJSP	Apelação nº 0031531-26.2008.8.26.0196	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
150.	2011	TJSP	Apelação nº 9090006-56.2007.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de valor em contratos agrícolas.
151.	2011	TJSP	Apelação nº 9207159-13.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Desaparecimento do bem não é não da base do negócio.
152.	2011	TJSP	Apelação nº 0000210-58.2009.8.26.0318	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
153.	2011	TJSP	Apelação nº 9142069-68.2001.8.26.0000	Sim	Preenchimento dos critérios legais. Ocorrência de onerosidade excessiva proveniente de evento superveniente à celebração do contrato, de caráter imprevisível e extraordinário. Alteração unilateral do contrato por uma das partes que não pode ser cumprida pela outra.
154.	2011	TJSP	Apelação nº 9100076-69.2006.8.26.0000	Sim	Preenchimento dos critérios legais. Onerosidade decorrente dos altos índices inflacionários da época.
155.	2011	TJSP	Apelação nº 0050401-11.2007.8.26.0114	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
156.	2011	TJSP	Apelação nº 9285987-86.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Gripe aviária e doenças em aves criadouro.
157.	2011	TJSP	Agravo de Instrumento nº 0212172-10.2011.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
158.	2011	TJSP	Apelação nº 991.06.022121-7	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Oscilações nas vendas no mercado automobilístico.
159.	2011	TJSP	Apelação nº 0257628-13.2007.8.26.0100	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Risco de operações em dólar era de ciência geral.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
160.	2011	TJSP	Apelação nº 0125983-88.2009.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato. Crise financeira.
161.	2011	TJSP	Apelação nº 9101571-17.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária para evitar perda de poder aquisitivo por índice ajustado contratualmente.
162.	2011	TJSP	Apelação nº 0000028-15.2002.8.26.0481	Sim	Impossibilidade de hidrelétrica operar na cota prevista, o que causou desapropriação de área privada com benfeitorias.
163.	2011	TJSP	Apelação nº 9139815-15.2007.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações climáticas em negócios agrícolas.
164.	2011	TJSP	Apelação nº 0009421-06.2007.8.26.0572	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
165.	2011	TJSP	Apelação nº 0016166-75.2005.8.26.0053	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Crise energética e empresa do ramo de gás.
166.	2011	TJSP	Apelação nº 0134273-38.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
167.	2011	TJSP	Apelações nº 991.06.035797-0, 991.06.035798-9, 991.06.035799-7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
168.	2011	TJSP	Apelação nº 0099444-02.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Reajuste de preço dos materiais fornecidos previsível e dimensionável.
169.	2011	TJSP	Apelação nº 991.05.0345-20-7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Já houve repactuação do contrato.
170.	2011	TJSP	Apelação nº 9140888-22.2007.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Diminuição do fluxo comercial ou financeiro.
171.	2011	TJSP	Apelação nº 0056888-32.2008.8.26.0576	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Chuvas em negócios de construção ao ar livre.
172.	2011	TJSP	Apelação na 9053916-83.2006.8.26.0000	Sim	Dificuldade financeira da parte para cumprimento do contrato não era esperada, pois, por alteração administrativa, ela perdeu o cargo e a correspondente remuneração.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
173.	2011	TJSP	Apelação nº 9079023-37.2003.8.26.0000	Sim	Mudanças econômico-financeiras do Plano Real são forma imprevisível de modificação da avença.
174.	2011	TJSP	Apelação nº 9168072-21.2005.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações introduzidas na legislação que regula a atividade econômica exercida.
175.	2011	TJSP	Apelação nº 0011648-31.2008.8.26.0152	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço das <i>commodities</i> agrícolas no mercado futuro.
176.	2011	TJSP	Apelação nº 0065490-62.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
177.	2011	TJSP	Apelação nº 0050932-17.2008.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Queda no preço do produto agrícola.
178.	2011	TJSP	Apelação nº 9083695-15.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Instabilidade financeira do país e adversidades climáticas.
179.	2011	TJSP	Apelação nº 9096635-46.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
180.	2011	TJSP	Apelação nº 0125983-88.2009.8.26.0100	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Mudanças econômicas moderadas em país marcado pela instabilidade financeira.
181.	2011	TJSP	Apelação nº 9187055-97.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário nem da onerosidade excessiva.
182.	2011	TJSP	Apelação nº 0151913-83.2010.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Mudanças econômicas moderadas em país marcado pela instabilidade financeira.
183.	2011	TJSP	Apelação nº 0103479-05.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Já houve repactuação do contrato.
184.	2011	TJSP	Apelação nº 9127412-77.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
185.	2011	TJSP	Apelação nº 0141214-09.2005.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações introduzidas na legislação que regula a atividade econômica exercida.
186.	2011	TJSP	Apelação nº 9128391-10.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
187.	2011	TJSP	Apelação nº 9101414-78.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
188.	2011	TJSP	Apelação nº 9161300-71.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
189.	2011	TJSP	Apelação nº 9067179-27.2002.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
190.	2011	TJSP	Apelação nº 9274838-93.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
191.	2011	TJSP	Apelação nº 9182097-44.2002.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Alea ordinária.
192.	2011	TJSP	Apelação nº 9159285-66.2006.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
193.	2011	TJSP	Apelação nº 0051438-34.2007.8.26.0224	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
194.	2011	TJSP	Apelação nº 9086430-21.2008.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Problemas financeiros com a safra não se relaciona com inadimplemento da obrigação discutida.
195.	2011	TJSP	Apelação nº 0022648-33.2007.8.26.0000	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual. Plano Real causou desequilíbrio nas obrigações pactuadas em dólar, não é a hipótese dos autos.
196.	2011	TJSP	Apelação nº 9171412-07.2004.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
197.	2011	TJSP	Apelação nº 0093202-61.2005.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Já houve repactuação do contrato que assegurou reequilíbrio econômico-financeiro.
198.	2011	TJSP	Apelação ns 0002561-17.2010.8.26.0464	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação cambial do dólar e a oscilação do valor do amendoim.
199.	2011	TJSP	Apelação nº 0020029-08.2009.8.26.0309	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Atividade de venda de moeda estrangeira sem <i>hedge</i> .
200.	2011	TJSP	Apelação nº 9300191-38.2008.8.26.0000	Não	Não verificação da onerosidade excessiva. Desconto perdido em razão de inadimplência da parte.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
201.	2011	TJSP	Apelação nº 0166904-64.2010.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empreitada a preço fixo.
202.	2010	TJSP	Apelação nº 991.05.0184 98-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Aumento do saldo devedor previsível.
203.	2010	TJSP	Apelação nº 994.05.101559-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
204.	2010	TJSP	Apelação nº 992.04.0100 79-0	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação cambial da moeda estrangeira.
205.	2010	TJSP	Apelação nº 994.09.3652 26-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Já houve repactuação do contrato.
206.	2010	TJSP	Apelação nº 994.03.0248 43-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
207.	2010	TJSP	Apelação nº 994.04.0475 51-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
208.	2010	TJSP	Apelação nº 994.04.04 6955-7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
209.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.0066 49-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Variação de preço das unidades imobiliárias.
210.	2010	TJSP	Apelação nº 994.07.1091 63-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
211.	2010	TJSP	Apelação nº 994.05.0922 75-7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Inadimplemento do devedor.
212.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.0367 65-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
213.	2010	TJSP	Apelação nº 992.05.1040 13-0	Não	Não verificação do evento imprevisível. Não alcance de metas.
214.	2010	TJSP	Apelação nº 991.02.0358 50-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
215.	2010	TJSP	Apelação nº 992.07.0117 61-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
216.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.1143 91-7	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empresa de fabricação de etanol e crises com reflexos nos preços dos produtos.
217.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.0927 40-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
218.	2010	TJSP	Apelação nº 994.05.1148 01-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Planos econômicos e inflação.
219.	2010	TJSP	Apelação nº 992.05.1131 64-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
220.	2010	TJSP	Apelação nº 992.05.1132 28-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empreitada a preço fixo.
221.	2010	TJSP	Apelação nº 991.01.0505 87-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Mudanças econômicas moderadas em país marcado pela instabilidade financeira.
222.	2010	TJSP	Apelação nº 991.06.0531 02-3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
223.	2010	TJSP	Apelação nº 991.03.0764 73-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Diferença entre a evolução da renda do mutuário e a evolução da dívida.
224.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.1778 05-0	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Má previsão de uma das partes é álea ordinária não suportável pela outra parte.
225.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.2804 35-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Inexistência de alteração radical das condições econômicas objetivas entre execução e celebração.
226.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.2831 11-6	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura.
227.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.2840 37-9	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Queda do valor dos produtos rurais e alteração na política econômica do país.
228.	2010	TJSP	Apelação nº 994.06.0390 37-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Inexistência de modificação extraordinária da economia após a celebração do contrato.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
229.	2010	TJSP	Apelação nº 991.09.0825 22-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
230.	2010	TJSP	Apelação nº 994.09.2399 76-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Planos econômicos.
231.	2010	TJSP	Apelação nº 994.09.2396 15-7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Já houve repactuação do contrato.
232.	2010	TJSP	Apelação nº 991.07.0515 41-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
233.	2010	TJSP	Agravo de Instrumento nº 990.10.394983-8	Sim	Tutela antecipada em razão do dólar em queda e aumento dos custos de produção, havendo onerosidade aos produtores (produtos perecíveis na iminência da colheita).
234.	2010	TJSP	Apelação nº 991.02.0972 02-2	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Inflação.
235.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.1280 26-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
236.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.2692 61-2	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação cambial da moeda estrangeira em negócio agrícola de venda futura.
237.	2010	TJSP	Apelação nº 994.04.0301 03-1	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
238.	2010	TJSP	Apelação nº 991.02.0259 79-8	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Oscilações cambiais repentinas e alterações no mercado automobilístico.
239.	2010	TJSP	Embargos de Declaração 994.09.323271-0/50000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Instituições financeiras sujeitas às oscilações do mercado (planos econômicos ou de outros atos do Estado).
240.	2010	TJSP	Embargos de Declaração 994.09.322342-8/50000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Instituições financeiras sujeitas às oscilações do mercado (planos econômicos ou de outros atos do Estado).
241.	2010	TJSP	Apelação nº 994.01.0476 32-1	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Renda dependente da variação cambial de moeda estrangeira.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
242.	2010	TJSP	Apelação nº 994.04.0850 85-0	Não	Não verificação da relação contratual para aplicação da onerosidade excessiva. Multa por descumprimento não é execução diferida.
243.	2010	TJSP	Apelação nº 994.04.0775 89-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
244.	2010	TJSP	Apelação nº 992.08.0553 86-8	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação cambial da moeda estrangeira em negócio agrícola de venda futura.
245.	2010	TJSP	Apelação nº 994.06.1040 60-1	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Elevações de preços não foram brutais.
246.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.0684 72-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
247.	2010	TJSP	Apelação nº 991.06.0608 40-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Circunstâncias pessoais do procurador.
248.	2010	TJSP	Apelação nº 991.05.0361 70-9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Mudanças econômicas moderadas em país marcado pela instabilidade financeira.
249.	2010	TJSP	Apelação nº 991.06.0106 12-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Mudanças econômicas moderadas em país marcado pela instabilidade financeira.
250.	2010	TJSP	Apelação nº 991.03.0800 68-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
251.	2010	TJSP	Embargos de Declaração nº 9210269-49.2009.8.26.0000	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Negócio agrícola de venda futura.
252.	2010	TJSP	Apelação nº 992.09.075789-0	Sim	Verificação de que uma parte obtém faturamento sem contraprestação em razão da proibição legal de funcionamento de bingos.
253.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.068472-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário nem da onerosidade excessiva.
254.	2010	TJSP	Apelação nº 990.10.269261-2	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Alteração de valor em contratos agrícolas. Finalização de incentivos estatais.
255.	2010	TJSP	Apelação com Revisão nº 992.08.055386-8	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Negócio agrícola de venda futura.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
256.	2010	TJSP	Apelação Cível ns 994.09.272546-2 (688.881.4/2-00)	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Lucros menor é esperado na atividade comercial.
257.	2010	TJSP	Apelação n° 990.10.043611-2	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
258.	2010	TJSP	Apelação n° 9064415- 24.2009.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
259.	2010	TJSP	Apelação n° 991.07057491-7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
260.	2010	TJSP	Apelação com Revisão n° 992.06.043318-2	Sim	Preenchimento dos critérios legais. Ocorrência de onerosidade excessiva proveniente de evento superveniente à celebração do contrato, de caráter imprevisível e extraordinário. Resultado da safra seria apenas 31% do negociado em razão de fatores climáticos, repartição dos prejuízos.
261.	2010	TJSP	Apelação n° 992.06.031411-6	Sim	Preenchimento dos critérios legais. Ocorrência de onerosidade excessiva proveniente de evento superveniente à celebração do contrato, de caráter imprevisível e extraordinário. Não colhimento da pouca produção e pagamento da multa penal contratual configura aplicação do art. 478.
262.	2010	TJSP	Apelação n° 990.10.180423-9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
263.	2010	TJSP	Agravo de Instrumento n° 990.09.310201-3	Sim	Preenchimento dos critérios legais. Ocorrência de onerosidade excessiva proveniente de evento superveniente à celebração do contrato, de caráter imprevisível e extraordinário. Credor não poderá embolsar parcelas já pagas.
264.	2009	TJSP	Apelação n° 7312099-1	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Chuvas e pragas na agricultura.
265.	2009	TJSP	Apelação n° 7.213.582-3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
266.	2009	TJSP	Apelação n° 7.221.471-0	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
267.	2009	TJSP	Apelação n° 94.336.4/9- 00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Reduções de renda provenientes de doações em instituição de caridade.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
268.	2009	TJSP	Apelação Cível com Revisão nº 884.218-5/0-00	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Chuvas em negócios de construção ao ar livre.
269.	2009	TJSP	Apelação nº 1.159.652-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
270.	2009	TJSP	Apelação nº 7288621-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
271.	2009	TJSP	Apelação nº 1.337.082-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
272.	2009	TJSP	Apelação com Revisão nº 1.057.345-0/3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço das <i>commodities</i> no mercado futuro.
273.	2009	TJSP	Apelação Cível sem Revisão nº 753.231-5/9-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário nem da onerosidade excessiva.
274.	2009	TJSP	Apelação nº 7.280.162-0	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Obtenção de safra agrícola menor que a prevista.
275.	2009	TJSP	Apelação nº 1.171.765-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
276.	2009	TJSP	Apelação nº 1.255.714-9	Não	Não verificação do evento supervenientes ao fechamento do negócio.
277.	2009	TJSP	Apelação Cível com Revisão nº 448.069-4/6-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
278.	2009	TJSP	Apelação nº 1.113.262-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Alterações na conjuntura econômica.
279.	2009	TJSP	Apelação nº 7.285.355-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Variação cambial.
280.	2009	TJSP	Apelação Cível nº 918.916-5/7	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
281.	2009	TJSP	Apelação nº 646.911.4/3-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
282.	2009	TJSP	Apelação Cível n° 7.310.763-8	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Obtenção de safra agrícola menor que a prevista.
283.	2009	TJSP	Apelação com revisão n° 340.522-5/0-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Mudanças econômicas moderadas em país marcado pela instabilidade financeira.
284.	2009	TJSP	Apelação Cível n° 947.804.5/3-00	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Não verificação de onerosidade excessiva. Dificuldades em contrato de serviços de obras subterrâneas.
285.	2009	TJSP	Apelação Cível com Revisão n° 94 3.694-5/0-00	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empreitada a preço fixo.
286.	2009	TJSP	Apelação Cível com Revisão n° 841.109-5/9-00	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações no mercado de leite.
287.	2009	TJSP	Apelação n° 992.05.018461-9	Não	Não verificação do desequilíbrio contratual.
288.	2009	TJSP	Apelação Cível com Revisão n° 445.203-5/0-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Alterações cambiais.
289.	2009	TJSP	Apelação n° 377.308-5/0-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações na conjuntura econômica.
290.	2009	TJSP	Apelação n° 991.04.023954-3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
291.	2009	TJSP	Apelação n° 991.04.072079-7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço das <i>commodities</i> .
292.	2009	TJSP	Apelação n° 991.04.021309-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Planos governamentais.
293.	2009	TJSP	Apelação n° 991.06.004937-8,	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
294.	2009	TJSP	Apelação n° 991.06.004466-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Alterações cambiais.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
295.	2009	TJSP	Apelação 991.04.005740-3 n°	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Planos governamentais.
296.	2009	TJSP	Apelação 991.04.002655-8 n°	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Planos governamentais.
297.	2009	TJSP	Apelação 991.04.006544-4 n°	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
298.	2009	TJSP	Apelação Cível n° 943 890-0/7	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário nem da onerosidade excessiva. Desgaste de automóvel por uso.
299.	2009	TJSP	Apelação com Revisão n° 1.057.345-0/3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alteração de preço das <i>commodities</i> no mercado futuro.
300.	2009	TJSP	Apelação Cível n° 559.480.4/6-00	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário.
301.	2009	TJSP	Apelação n° 7.282.366-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
302.	2009	TJSP	Apelação n° 7.368.786-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
303.	2009	TJSP	Apelação 991.05.016213-7 n°	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária e taxa de juros ajustada contratualmente.
304.	2009	TJSP	Apelação Cível n° 679.134.4/3-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
305.	2009	TJSP	Agravo de Instrumento n°683.349-4/9-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
306.	2009	TJSP	Agravo de Instrumento n° 7.378.133-0	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Flutuação de valor em razão de crise econômica.
307.	2009	TJSP	Apelação Cível com Revisão n° 557.099-4/2-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Alterações no mercado cambial e imobiliário na década de 1990.
308.	2009	TJSP	Apelação n°7.039.183-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
309.	2008	TJSP	Agravo de Instrumento n° 716 935-5/0-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
310.	2008	TJSP	Apelação com revisão nº 997.780-0/9	Não	Eventos extraordinários e imprevisíveis não têm nexo causal com a onerosidade excessiva. Problemas decorrentes de alterações na administração do negócio e não somente em razão das mudanças no mercado de leite.
311.	2008	TJSP	Apelação nº 7.185.873-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário
312.	2008	TJSP	Apelação nº 7138284-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste de valores ajustados contratualmente.
313.	2008	TJSP	Apelação nº 1230055-9		Não verificação do desequilíbrio do contrato.
314.	2008	TJSP	Apelação nº 1.049.219-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Planos governamentais.
315.	2008	TJSP	Apelação Cível nº 477.098.4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Queda do padrão patrimonial após a separação judicial.
316.	2008	TJSP	Apelação Cível nº 7.201.967-5	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Atividade do ramo industrial está sujeita às oscilações do mercado.
317.	2008	TJSP	Apelação nº 662.244.5/0-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Desequilíbrio econômico no país.
318.	2008	TJSP	Apelação sem Revisão nº 1.174.544-0/4	Não	Não verificação da relação contratual para aplicação da onerosidade excessiva.
319.	2008	TJSP	Apelação nº 1.239.295-9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste de valores ajustados contratualmente.
320.	2008	TJSP	Apelação Cível nº 714 477 5/5	Não	Não verificação da relação contratual para aplicação da onerosidade excessiva.
321.	2008	TJSP	Agravo de Instrumento nº 1179872 - 0/9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Empresa já se encontrava em conjuntura desfavorável.
322.	2008	TJSP	Apelação nº 0903286-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações no mercado cambial.
323.	2008	TJSP	Apelação com Revisão nº 950117-0/6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Inadimplemento de devedores.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
324.	2008	TJSP	Apelação com revisão n°: 929241-0/9	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Contrato aleatório com fixação do preço de acordo com a cotação na bolsa de valores de Nova Iorque.
325.	2008	TJSP	Apelação com Revisão n° 519.901.4/6-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Planos governamentais.
326.	2008	TJSP	Apelação cível n.º 305.229.4/3-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
327.	2008	TJSP	Apelação n° 517.577.5/5-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Desequilíbrio econômico no país.
328.	2008	TJSP	Apelação com Revisão n° 1.128.826-0/8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Variação do câmbio.
329.	2008	TJSP	Apelações com Revisão n° 981.644-0/4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Flutuação do mercado imobiliário.
330.	2008	TJSP	Apelação com Revisão n° 926.709-0/8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
331.	2008	TJSP	Apelação com Revisão n° 989.823-0/3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
332.	2008	TJSP	Apelado Cível com Revisão n° 928 529-00/9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
333.	2008	TJSP	Apelação Cível n° 586.220-4/3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Crises financeiras internacionais, atentados, acidentes, aumento de preços e assemelhados não são imprevisíveis ao mercado imobiliário.
334.	2008	TJSP	Apelação Cível n° 417 940 5/3-00	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Não verificação de lucros em atividade econômica.
335.	2008	TJSP	Apelação Cível n° 515.110.4/7-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Índices de reajuste de valores ajustados contratualmente.
336.	2008	TJSP	Apelação n° 7.301.512-2	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações no mercado cambial.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
337.	2008	TJSP	Apelação n° 284.708.4/9-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
338.	2008	TJSP	Apelação n° 1.004.819-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Valores decorrentes de parcelamento de dívida.
339.	2008	TJSP	Apelação n° 586.872-4/8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Acidente pessoal de empreiteiro.
340.	2008	TJSP	Apelação com Revisão n° 981.644-0/4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Desaquecimento do mercado imobiliário.
341.	2008	TJSP	Agravo de Instrumento n° 11.1169.9.14.0002	Sim	Preenchimento dos critérios legais. Ocorrência de onerosidade excessiva proveniente de evento superveniente à celebração do contrato, de caráter imprevisível e extraordinário.
342.	2008	TJSP	Apelação com Revisão n° 9096023-79.2005.8.26.0000	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Inadimplemento do devedor.
343.	2008	TJSP	Apelação n° 497 317 4/2	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Atualização monetária para evitar perda de poder aquisitivo por índice ajustado contratualmente.
344.	2008	TJSP	Apelação n° 825 873-5/7-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário
345.	2008	TJSP	Apelação n° 454 661-4/7	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário
346.	2008	TJSP	Apelação n° 7.110.870-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Terrorismo e guerras não são eventos imprevisíveis e extraordinários.
347.	2008	TJSP	Apelação n° 500 184 4/9-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário nem da onerosidade excessiva.
348.	2007	TJSP	Apelação com Revisão n° 965.538-0/0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
349.	2007	TJSP	Apelação n° 7.024.743-9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
350.	2007	TJSP	Apelação n° 7.083.012-3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
351.	2007	TJSP	Apelação Cível d revisão nº 1.130.228-0/9	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Pragas na lavoura, alteração de preço e entrega futura.
352.	2007	TJSP	Apelação com Revisão nº 7.150.518-1	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário nem da onerosidade excessiva.
353.	2007	TJSP	Apelação com Revisão nº 1.005.222-0/9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Valor acima da média do mercado.
354.	2007	TJSP	Apelação nº 1.293.985-2	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empréstimo externo com valores negociados em dólar à empresa do ramo de industrialização, exportação e importação de peças.
355.	2007	TJSP	Apelação Cível com Revisão nº 516.054-4/8-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
356.	2007	TJSP	Apelação nº 7133591-6	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
357.	2007	TJSP	Apelação Cível com Revisão nº 991.131-0/9	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Empreitada a preço fixo.
358.	2007	TJSP	Apelação Cível com Revisão nº 438.619-5/2-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
359.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 7.153.575-8	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário nem da onerosidade excessiva.
360.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 697.966.5/5-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Já houve repactuação do contrato.
361.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 148.147.4/5-00	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
362.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 1.209.297-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Queda de faturamento.
363.	2007	TJSP	Apelação Cível com Revisão nº 484.521-4/3-00	Não	Não verificação do evento extraordinário.
364.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 1.134.008-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Variações no mercado imobiliário.

Quadro 2 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (conclusão)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
365.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 1.151.004-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
366.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 107.0003-3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
367.	2007	TJSP	Apelação Cível com Revisão nº 824.682-0/2	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Efeitos da locação foram previstos pelas partes de boa-fé, alterações são riscos do negócio firmado.
368.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 972.173-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário
369.	2007	TJSP	Apelação sem Revisão nº 1.082.682-0/7	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações climáticas na agricultura em venda para entrega futura.
370.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 7.125.547-3	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
371.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 1.108.079-0	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Oscilação da economia em face da moeda estrangeira.
372.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 958.657-4	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
373.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 942.587-0/5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações no mercado cambial.
374.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 912787- 0/4	Não	Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Alterações econômicas são riscos de negócios referentes a área portuária.
375.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 1.003.094-5	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
376.	2007	TJSP	Apelação Cível nº 934.459-00/9	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.

Quadro 3 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (continua)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
377.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 01570 02-60.2002.8.19.0001	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Troca de patrocinadores.
378.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 00383 21-53.2010.8.19.0001	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Aumento das cotas condominiais em decorrência de despesas.
379.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 00145 43-25.2008.8.19.0001	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Desistência de venda de imóvel.
380.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 03979 75-58.2011.8.19.0001	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
381.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 01196 63-83.2010.8.19.0002	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
382.	2013	TJRJ	Agravo de Instrumento nº 0000955-75.2013.8.19.0000	Sim	Ocorrência de problemas administrativos e falecimento de um dos sócios que importou na assinatura de aditivo, reforço de garantias e integralização de cotas.
383.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 00022 72-49.2011.8.19.0204	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
384.	2013	TJRJ	Agravo Interno na Apelação Cível nº 0000888-17.2003.8.19.0209	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
385.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 0081874-19.2011.8.19.0001	Sim	Comprovadas chuvas extremas em determinado lapso de tempo é evento imprevisível e extraordinário, fora dos riscos assumidos pelo empreiteiro.
386.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 00018 14-39.2011.8.19.0040	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
387.	2013	TJRJ	Apelação Cível nº 01119 69-63.2010.8.19.0002	Não	Não verificação do acontecimento imprevisível e extraordinário.
388.	2012	TJRJ	Apelação Cível nº 01833 77-83.2011.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Surgimento de empresa concorrente.
389.	2012	TJRJ	Apelação nº 0125741-72.2005.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
390.	2012	TJRJ	Apelação Cível nº 00109 91-16.2008.8.19.0207	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.

Quadro 3 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
391.	2011	TJRJ	Apelação Cível nº 01126 22-68.2010.8.19.0001	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
392.	2011	TJRJ	Apelação Cível nº 00184 30-41.2009.8.19.0208	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
393.	2011	TJRJ	Apelação Cível nº 02831 48-68.2010.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário.
394.	2011	TJRJ	Apelação Cível nº 00175 28-37.2008.8.19.0204	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Roubo de veículo.
395.	2011	TJRJ	Apelação Cível nº 00868 29-35.2007.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Manutenção e conservação dos assentos de um estádio.
396.	2010	TJRJ	Apelação Cível nº 01421 63-83.2009.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
397.	2010	TJRJ	Apelação nº 0101087-79.2009.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
398.	2010	TJRJ	Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0068209-24.1997.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Planos econômicos.
399.	2010	TJRJ	Apelação Cível nº 00036 74-73.2003.8.19.0002	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Não houve mudança no sistema financeiro nacional que não se pudesse prever, quando da assinatura do contrato.
400.	2010	TJRJ	Apelação Cível nº 01204 02-40.2002.8.19.0001	Sim	Lei municipal define que é álea extraordinária do contrato administrativo a variação de no mínimo 10%, suscetível de ensejar a revisão do respectivo preço.
401.	2009	TJRJ	Apelação Cível nº 00514 80-68.2007.8.19.0001	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Não houve mudança no sistema financeiro nacional que não se pudesse prever, quando da assinatura do contrato.
402.	2009	TJRJ	Agravo Interno nos Autos da Apelação Cível nº 2009.001.64924	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
403.	2009	TJRJ	Apelação Cível nº 02601 78-45.2008.8.19.0001	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.

Quadro 3 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (continuação)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
404.	2009	TJRJ	Apelação Cível n° 2009.001.30990	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário
405.	2009	TJRJ	Apelação Cível n° 44258/2009	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
406.	2009	TJRJ	Apelação Cível n° 2009.001.58011	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Inadimplemento do devedor.
407.	2009	TJRJ	Apelação n° 2009.001.50323	Sim	Interdição de imóvel locado. Evento imprevisível e extraordinário.
408.	2009	TJRJ	Agravo Interno nos Autos da Apelação Cível n° 40.709/2009	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
409.	2009	TJRJ	Apelação Cível n° 2009.001.16495	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
410.	2009	TJRJ	Apelação Cível n° 2009.001.01609	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
411.	2009	TJRJ	Apelação Cível n° 2009.001.27560	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
412.	2009	TJRJ	Embargos de Declaração na Apelação Cível n° 2008.001.57904	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
413.	2009	TJRJ	Agravo de Instrumento n° 2009.002.06871	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Risco ordinário das partes e álea normal da natureza do negócio. Atividade profissional e crise econômica.
414.	2009	TJRJ	Apelação Cível n° 2009.001.11896	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário.
415.	2008	TJRJ	Agravo de Instrumento n° 2008.002.18208	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
416.	2008	TJRJ	Apelação Cível n° 2008.001.30841	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
417.	2008	TJRJ	Apelação Cível n° 2008.001.11240	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Afastamento de sócio.

Quadro 3 – Resultado da pesquisa jurisprudencial –Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (conclusão)

#	Ano do julgamento	Tribunal	Ação	Aplicação da onerosidade excessiva	Elemento-guia
418.	2008	TJRJ	Apelação Cível nº 22559/2008	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Aumento na demanda é próprio da atividade empresarial.
419.	2008	TJRJ	Apelação nº 2008.001.18350	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
420.	2008	TJRJ	Apelação nº 49059/07	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.
421.	2008	TJRJ	Apelação Cível nº 2007.001.42112	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
422.	2007	TJRJ	Apelação Cível nº 2007.001.45544	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
423.	2007	TJRJ	Apelação Cível nº 2007.001.18.630	Sim	Maxidesvalorização do real em 1999 foi evento imprevisível.
424.	2007	TJRJ	Apelação Cível nº 2006.001.60241	Não	Não verificação de acontecimento imprevisível e extraordinário. Taxa de juros ajustada contratualmente.
425.	2007	TJRJ	Apelação Cível nº 2006.001.57654	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário. Dificuldade financeira para cumprimento do contrato.
426.	2007	TJRJ	Apelação Cível nº 2007.001.17288	Não	Não verificação do evento imprevisível. Problemas no bem adquirido.
427.	2007	TJRJ	Apelação Cível nº 2007.001.06989	Não	Não verificação do evento imprevisível ou extraordinário.