

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO BARBOSA DOS SANTOS

REVISAO CONTRATUAL POR FATO SUPERVENIENTE NO DIREITO CIVIL

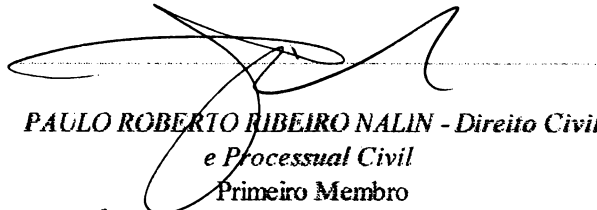
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Orientador

Coorientador



*PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN - Direito Civil
e Processual Civil
Primeiro Membro*



*MARIA CÂNDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL
KROETZ*

Segundo Membro

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDUARDO BARBOSA DOS SANTOS

REVISÃO CONTRATUAL POR FATOS
SUPERVENIENTES NO DIREITO CIVIL

CURITIBA

2012

EDUARDO BARBOSA DOS SANTOS

REVISÃO CONTRATUAL POR FATOS
SUPERVENIENTES NO DIREITO CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO BARBOSA DOS SANTOS

REVISÃO CONTRATUAL POR FATOS SUPERVENIENTES NO DIREITO CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Professor Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Professora Dra. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

CURITIBA, 07 de dezembro de 2012.

RESUMO

O engessado contrato moderno se mostrou insuficiente para solucionar as injustiças que sobre ele pairavam em face de fatos supervenientes, uma vez que à sua luz a obrigatoriedade e a intangibilidade não poderiam dar lugar a qualquer revisão senão a decorrente da própria vontade dos contratantes. Partindo da realidade destes desequilíbrios supervenientes teorias fundaram-se a partir do próprio elemento subjetivo da vontade para fundamentar a resolução do contrato ou sua revisão, e outras, buscaram justificar esta operação através de elementos mais objetivos tais como a equivalência de prestações, a base do negócio e o escopo contratual pretendido por ambos os contratantes. A Teoria da Imprevisão é o termo que entre nós se solidificou para referir-se a estas situações de alteração do contexto contratual decorrente de eventos imprevisíveis que acarretassem a revisão ou resolução contratual, sendo adotada com predominância no vigente Código Civil brasileiro. O presente trabalho passa pela superação da crise moderna do contrato e investiga a possibilidade de fundamentação da revisão contratual enquanto instrumento de conservação do contrato, através da concepção da obrigação como processo permeado pela boa-fé objetiva, especialmente quanto aos deveres que desta derivam para o fim de realizar satisfatoriamente o objetivo comum dos contratantes, notadamente a cooperação, com esforço mútuo para manter a relação obrigacional e satisfazer os contratantes com a consecução do resultado pretendido.

Palavras-chave: Contrato moderno. Obrigação como processo. Boa-fé objetiva e deveres decorrentes. Revisão contratual por fatos supervenientes.

RESUMEN

El contrato moderno mostro insuficiente para resolver las injusticias que sobre él acercavase cuando de la ocurrencia de hechos supervinientes, vez que, a su luz, la obligatoriedad y la intangibilidad no poderían ceder a ninguna revisión si no fuese la derivada de la voluntad de las partes. Partindo de la realidad de estos desequilibrios supervinientes, teorías han tomado como base la propria voluntad para justificar la resolución del contrato o su revisión, y otras, en elementos más objetivos, tal como la equivalencia de las prestaciones, la base del negocio y la finalidad contractual deseada por ambos los contratantes. La Teoría de la Imprevisión és la expresión que entre nosotros se ha solidificado para remitir a aquellas situaciones de alteración del contexto contractual debido a hechos imprevisibles que acarretassem la revisión o resolución del contrato, habiendo sido adoptada con predominio en él corriente Codigo Civil brasilenõ. Lo presente trabajo pasa por la superación de la crisis moderna de contrato y investiga la posibilidad de fundamentación de la revisión contractual como instrumento de conservación del contrato, a través de la concepción de la obligación como proceso permeado por la buena fe objetiva, en especial cuanto a los deberes que de esta derivan para el fin de realizar con satisfacción el objetivo común de los contratantes, en particular la cooperación, con mutuo esfuerzo para mantener la relación obligacional y satisfacer los contratantes con el logro del fin contractual.

Palabras clave: Contrato moderno. Obligación como proceso. Buena fe objetiva y deberes derivados. Revisión contractual por hechos supervinientes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO CONTRATUAL	8
2.1 O PARADIGMA DA VONTADE: O CONTRATO FUNDADO NA OBRIGATORIEDADE, PACTA SUNT SERVANDA, E A SUA CRISE.....	8
2.2 A BOA-FÉ OBJETIVA E A COMPREENSÃO DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO: JUSTIFICATIVA DA REVISÃO CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO DE CONSERVAÇÃO E REALIZAÇÃO DO ESCOPO CONTRATUAL	19
3 APLICAÇÃO DA REVISÃO CONTRATUAL DECORRENTE DE FATOS SUPERVENIENTES	31
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA REVISÃO CONTRATUAL – EVOLUÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO.....	31
3.1.1 DISTINÇÃO ENTRE ONEROSIDADE EXCESSIVA E IMPOSSIBILIDADE.....	36
3.1.2 TEORIAS VINCULADAS AO PARADIGMA DA VONTADE (SUBJETIVAS)....	40
3.1.3 TEORIA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO: PRETENSÃO DE FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA	47
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA REVISÃO CONTRATUAL POR FATOS SUPERVENIENTES NO DIREITO CIVIL	54
3.2.1 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA REVISÃO CONTRATUAL	58
3.2.1.1 CAMPO OPERACIONAL. CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA	58
3.2.1.2 EXTRAORDINARIEDADE, IMPREVISIBILIDADE E RISCOS DO PRÓPRIO NEGÓCIO.....	59
3.2.1.3 ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	63
3.2.1.4 CONCOMITÂNCIA DA EXTREMA VANTAGEM.....	65
3.2.1.5 OUTROS REQUISITOS APONTADOS PELA DOUTRINA.....	67
3.2.2 DA DISCIPLINA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	69
3.2.3 DOS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DA REVISÃO CONTRATUAL E DA RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	71
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

A revisão contratual por fato superveniente, expressada no Código Civil como “onerosidade excessiva”, estruturou-se a partir da aplicação dos princípios gerais do direito e da equidade com vistas à manutenção dos contratos, sendo que, embora possua característica de excepcionalidade, é fundamental à manutenção dos contratos, e, não exageradamente, do próprio bem estar social.

Falar em teoria da imprevisão significa não apenas sustentar uma situação fática superveniente que onera de modo excessivo algum dos contraentes, mas expressá-la enquanto remédio jurídico a um dos mais intensos dogmas criados no direito civil: o contrato, como lei entre as partes.

Ainda que não seja um tema cotidianamente abordado, seu estudo se torna essencial àqueles que se dedicam aos contratos, sobretudo quanto à resolução contratual e a correta diferenciação entre evento imprevisto que gera a impossibilidade (caso fortuito e força maior) e a imprevisibilidade que torna a prestação extremamente difícil. Esta, ao tornar o adimplemento extremamente oneroso enseja a revisão ou resolução do contrato; aquele, por sua vez, a resolução pela impossibilidade do adimplemento.

Em suma, demasiado importante a compreensão da sistemática contratual através da complementaridade da teoria da imprevisão ao princípio do *pacta sunt servanda*, a sua instrumentalidade para adequar o contrato a objetivos maiores que a própria obrigatoriedade contratual, como a dignidade humana e a solidariedade, tendo cada um seu momento de vigência, que pode ser apreendido através da concepção do contrato como processo, fenômeno dinâmico, a depender se a situação dos contraentes, diga-se, a base negocial, é a mesma, ou não, do momento da contratação.

A superação do contrato fundado no paradigma da vontade não se trata de um arranjo imediato para superação de uma crise, mas de um processo de rupturas pelas quais o contrato moderno cedeu espaço à realização de interesses outros que não o egoísmo dos contratantes e passando a contemplar outras fontes além da vontade, redesenhando-o, portanto.

Frise-se à superação de um paradigma não é suficiente a busca por uma resposta a partir de seu próprio fundamento, mas, pelo contrário, a partir de um

outro fundamento, que passará a por em cheque aquele conhecimento anteriormente produzido.

A revisão contratual, portanto, não deve se encerrar com a superficial justificativa de manutenção da vontade, da manutenção da obrigatoriedade decorrente do *pacta sunt servanda*, é preciso se ter outros valores a informar o direito contratual, a partir dos quais é possível extrair uma adequada concepção da revisão contratual e o seu papel dentro da contemporânea compreensão do contrato.

Assim, há que se tomar como premissa que a conjuntura atual não contempla a literalidade daquela remota concepção de contrato. O Estado Social de Direito impõe ao contrato que seja instrumento de realização de princípios constitucionais, o que deve ser considerado no caso concreto. Da mesma forma, não se pode olvidar que as funções da boa-fé objetiva permeiam a relação contratual desde seus atos constitutivos, formação, execução e, também, quando da modificação em face de eventos supervenientes, interessando a investigação de ser ela também possível de fundamentar a revisão contratual, bem como contemplar o regime legal da revisão contratual por fatos supervenientes constante ao Código Civil.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO CONTRATUAL

2.1 O PARADIGMA DA VONTADE: O CONTRATO FUNDADO NA OBRIGATORIEDADE, *PACTA SUNT SERVANDA*, E A SUA CRISE

A revisão do contrato por fatos supervenientes não era possível no contexto da concepção moderna de contrato fundado na autonomia da vontade¹, o qual tinha como principal característica a obrigatoriedade, vale dizer, independentemente do que acontecesse, uma verdade era sempre inquestionável: aquilo que foi contratado deveria ser rigorosamente cumprido. Em outras palavras, tratava-se da vigência da regra *pacta sunt servanda*, a partir da qual estavam firmadas a obrigatoriedade e a intangibilidade contratual, pois o contratante livremente disciplinou e se obrigou a cumpri-lo no pleno exercício da autonomia da vontade².

Esta concepção moderna do contrato foi erigida no auge de um contexto de racionalização fundamentada no paradigma da consciência³, a partir do qual, em linhas gerais, o próprio sujeito estabelece aquilo que é verdade, segundo um método racional elaborado por si próprio e com pretensão de validade universal.

O reconhecimento de que cada sujeito possuía uma esfera racional possibilitou o desenvolvimento de um individualismo exacerbado, pois, se o indivíduo ditava livremente as próprias regras de sua conduta, suas obrigações

¹ Sobre a possibilidade de revisão da relação obrigacional, Clóvis V. do Couto e Silva (1976, p. 130) ponderou que “Historicamente, o maior problema para aplicação, e daí, também até certo ponto, a recusa de pensar até o fim na idéia da relação jurídica como algo em que justiça comutativa é imanente, foi o princípio da autonomia da vontade”; O mesmo autor (SILVA, 1976, p. 131): “‘Pacta sunt servanda’ era princípio que não comportava exceção”. Também Fabiana Rodrigues Barletta (2002, p. 7) considerou que, “portanto, dentro desse contexto histórico e ideológico que envolveu as codificações alemã e francesa, não houve lugar para uma teoria que possibilitasse a revisão contratual”.

² Firmando-se o contrato moderno no voluntarismo, no exercício da autonomia da vontade, a relação obrigacional era polarizada pela soma das vontades do credor e do devedor, e, conseqüentemente, a sua concepção era restrita a prestação principal, não contemplando um aspecto interno dinâmico com a contemplação de outros deveres entre as partes, neste sentido aborda MARTINS-COSTA (2000, p. 384): “aspecto interno, vale dizer, o que se volta ao exame destes e da conduta concreta das partes no dinâmico processo de desenvolvimento da relação obrigacional. Na análise externa, estes deveres se encontram como que ‘soltos’ no vínculo, como que atomizados, sem que se possa perceber a existência de uma gradação deles.”

³ Ao filósofo René Descartes, é atribuída a façanha de inaugurar a produção do conhecimento que parte do interior da subjetividade humana, sendo notório este ponto de partida na máxima “penso, logo existo” (*Cogito, ergo sum*), através da qual se extraía a primeira verdade: o reconhecimento da própria existência em decorrência do ato de pensar. Sobre o filósofo assim se manifestou LUDWIG (2011, p. 41): “Descartes é considerado o fundador da filosofia moderna”.

partiriam integralmente da sua vontade, sobretudo naquilo que dizia respeito ao trânsito da propriedade⁴.

Do contexto da Revolução Francesa marcada pelo rompimento do regime feudal e a ascensão da burguesia, elaborou-se o diploma civil da nova classe dominante, o *Code de Napoleão*, legitimava, portanto, a burguesia capitalista⁵, contemplando o contrato como instrumento de trânsito jurídico, fundamental ao desenvolvimento capitalista⁶, com vistas à segurança jurídica e a transferência do patrimônio aristocrático àqueles que iriam empregá-lo no novo modo de produção, a propriedade^{7 8}.

A esfera jurídica privada foi fundada na autonomia da vontade⁹, na liberdade e na igualdade, assim, qualquer indivíduo^{10 11} era considerado livre para contratar e, na autonomia de sua vontade, escolhia com quem, o que e como queria contratar¹²,

⁴ “O contrato se desenvolveu no Direito da Modernidade como o instrumento que visava, sobretudo, a oferecer segurança à circulação econômica, no âmbito do mercado, viabilizando as trocas e a alienação da força de trabalho – e, por conseguinte, a acumulação de capital. Seu conteúdo podia ser resumido, pois, na idéia de instrumento de trânsito jurídico de bens e de interesses” (PIANOVSKI RUZYK, 2006, p. 13-14).

⁵ “O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação” (ROPPO, 1988, p. 28).

⁶ “O contrato tem uma função social, sendo veículo de circulação de riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista” (GONÇALVES, 2001, p. 5).

⁷ “O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário” (NALIN, 2006, p. 110-111).

⁸ “Liberdade de contratar significava livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria” (ROPPO, 1988, p. 45-46).

⁹ “No Estado liberal, com a nítida separação entre o Estado e a Sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada” (SILVA, 1976, p. 18), por consequência, “o direito contratual do século XIX caracterizou-se, como vimos, pelas premissas individualistas em que se assentava e que conferiam à autonomia privada um papel de decisivo relevo” (VARELA, 1991, p. 238).

¹⁰ “As relações entre os homens [...] eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo” (ROPPO, 1988, p. 26).

¹¹ “Com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata” (PEREIRA, 1998, p. 4).

¹² “O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar*

se assim quisesse, uma vez que, em sendo todos iguais, sem prevalência nenhuma entre os contratantes, os efeitos do contrato não seriam diversos dos quais consentiram as partes livremente em produzir.

Desta forma, uma vez manifestada a autonomia da vontade e realizado o contrato, a obrigatoriedade operaria em sua plenitude de forma irrecusável, ou seja, consentindo com o negócio, estava positivado o vínculo que gerava a segurança jurídica do credor, o qual deveria receber sua prestação independentemente do que viesse a ocorrer na esfera subjetiva do devedor, não seria possível a este optar por cumprir ou deixar de cumprir, pois, do contrário, o contrato de nada valeria, não prestando ao cumprimento de sua função econômica e deixando de conferir a segurança necessária aos negócios¹³.

Através da autonomia da vontade os sujeitos poderiam concluir livremente seus contratos, contraindo direitos e deveres¹⁴, ou seja, tratava-se de uma auto-regulação por meio da criação de normas que regeriam as relações interprivadas, da qual se extrai a máxima, do contrato como lei¹⁵ entre as partes¹⁶.

Partindo o contrato da própria manifestação de vontade das partes, a única forma de modificá-lo seria por meio de novo ajuste entre os próprios contratantes¹⁷,

propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato" (GOMES, 2002, p. 22).

¹³ "Decorrência natural de sua função social é o princípio de sua *obrigatoriedade*." (PEREIRA, 1998, p. 5).

¹⁴ "Em suas linhas gerais, eis o princípio da *autonomia da vontade*, que genericamente pode enunciar-se como a *faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos*" (PEREIRA, 1998, p. 10).

¹⁵ "Os efeitos jurídicos que não fluíssem de um acordo de vontades, seriam derivados de uma norma. Com esse procedimento, elevou-se a vontade à categoria de lei" (SILVA, 1976, p. 84)

¹⁶ "O *princípio da força obrigatória* consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos se requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos" (GOMES, 2002, p. 36).

¹⁷ Com relação a iniciativa das partes em reajustar o contrato, Frederico Eduardo Zenedin Glitz debruça-se sobre a cláusula de *hardship*, salientando-se que esta se apresenta "como instrumento de conservação do contrato. Trata-se de cláusula de readaptação do conteúdo contratual que prevê a obrigação de renegociação pelos contratantes dos termos contratuais" (GLITZ, 2008, p. 175), ressaltando que "sua oportunidade adviria, justamente, da possibilidade de atribuir às próprias partes a solução de um conflito negocial (acerca de seu equilíbrio), de modo a atender as respectivas necessidades e expectativas" (GLITZ, 2008, p. 178); Aponta neste sentido CORDEIRO (2005, p. 10), ao assinalar que o princípio da estrita observância do pactuado indica que é "tradutor da impossibilidade de alteração do conteúdo do contrato senão pela vontade dos contratantes (circunstância chamada de 'intangibilidade contratual')". Conforme o caminho que adiante se percorrerá, é possível compreender esta cláusula, expressamente pactuada, como a positivação

se assim quisessem (devedor e credor), não havendo possibilidade de que outra força lhes impusesse tal modificação¹⁸, vale dizer, não havia espaço para a revisão contratual tal como temos hoje, no direito civil, na legislação consumerista e no Código Civil, pois inadmissível à concepção moderna de contrato, revestida da intangibilidade de seu conteúdo e da obrigatoriedade como postulado da segurança jurídica¹⁹.

Assim, se fato superveniente ocorresse de modo a causar séria ruptura do equilíbrio contratual e agravando a prestação de um dos contratantes, este deveria suportar a obrigação em sua integralidade, independentemente do sacrifício que teria de empregar²⁰.

À luz do paradigma da voluntarista, portanto, não importava a intensidade do sacrifício do devedor, era indiferente, pois o valor máximo era o cumprimento daquilo a que se obrigou através da sua manifestação de vontade. Ademais, se permitido fosse esta intervenção naquilo que decorrida da autonomia da vontade, estar-se-ia, diante de evidente abuso do Estado, pois importaria em restrição à liberdade²¹ sobre a qual o Estado se justifica, transparecendo, portanto, uma relevante contradição.

daqueles deveres de boa-fé que impõe a fidelidade ao contrato, sua conservação, a cooperação e a sua manutenção.

¹⁸ “Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade, salvo a intercorrência de causa adiante minudenciada” (PEREIRA, 1998, p. 6). Cumpre ressaltar, inclusive, que dado este espaço de liberdade que separa a vida privada do Estado, em exacerbado individualismo, reconhecendo-se a cogência dos contratos e seu conteúdo, nem mesmo ao poder judiciário é lícito alterar aquilo que livremente consentiram os contraentes. À respeito: “Princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de *revisão pelo juiz*, ou de libertação por ato seu” (GOMES, 2002, p. 36); “O contrato obriga os contratantes [...] lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes” (PEREIRA, 1998, p. 6).

¹⁹ “Assustar-se-iam os liberais com as incertezas da vida contemporânea, com as intempéries que assolam o ‘Mercado’ e com a certeza da insegurança. O contrato, tal como consagrado no século XVIII é incapaz de suportar a fluidez do Século XX” (GLITZ, 2008, p. 36).

²⁰ “Formulavam-se construções legislativas concebidas sob a égide do liberalismo burguês, que pregava tanto a autonomia da vontade dos contratantes quanto a responsabilidade irrestrita pelo pactuado, mesmo que este se tornasse muito oneroso para uma das partes” (BARLETTA, 2002, p. 5).

²¹ “O juiz não pode interferir, ainda quando do contrato resulte para uma das partes a ruína completa. O contrato, como expressão da liberdade individual, seria incompatível com as restrições que se oponham a esta liberdade” (PEREIRA, 1998, p. 12).

Assim se afirma a máxima *pacta sunt servanda*, pela qual o cumprimento do contrato confirmava a segurança jurídica pela característica da obrigatoriedade. Em síntese, assevera Carlos Roberto Gonçalves (2001, p. 9-10):

“Princípio da *obrigatoriedade* dos contratos – Representa a força vinculante das convenções. Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo. Tem por fundamentos: a) a *necessidade de segurança nos negócios* (função social dos contratos), que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando balbúrdia e o caos; b) a *intangibilidade ou imutabilidade do contrato*, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral”.

O elemento fundamental neste paradigma é a vontade²², tornando-se descabida qualquer possibilidade de se combater eventual desequilíbrio em face de fatos supervenientes²³, tendo em vista que manifestada a vontade o devedor estaria incondicionalmente vinculado ao cumprimento da obrigação com a realização da prestação para satisfação do credor.

Este voluntarismo como fonte obrigacional tinha como fundamento a presunção de igualdade dos contratantes perante a lei – a qual, diga-se de passagem, é formal, e não material, conforme adiante será exposto. Sendo iguais os contratantes, aquilo a que consentiam e se obrigavam livremente a cumprir seria a lei que regularia entre eles determinada relação.

Desta igualdade formal dos contratantes, o contrato era presumidamente legítimo e justo^{24 25}, havia de se verificar apenas os seus requisitos de validade, os

²² “Princípio dominante era o da autonomia da vontade e conceito central do sistema o de negócio jurídico. A prodigiosa sistematização então elaborada supunha, ainda, um mundo jurídico sem lacunas e uma firme teoria das fontes das obrigações” (SILVA, 1976, p. 26).

²³ “Pondere-se que, se de um lado o *pacta sunt servanda* consagrou a segurança nas relações jurídicas contratuais, ponto indiscutivelmente positivo, por outro, a absoluta rigidez contratual em face de alterações econômicas vultuosas acarretou enormes injustiças” (BARLETTA, 2002, p. 7).

²⁴ “Destaque-se que para a igualdade do Código Napoleônico – determinante da intangibilidade dos pactos – não apresentava qualquer sentido uma discussão sobre uma possível ‘injustiça contratual’, porque o pensamento francês de então seguia rigorosamente a diretriz: ‘qui dit contractuel, dit juste’” (BORGES, 1999, p. 102).

²⁵ “A própria teoria da autonomia da vontade dava como implícito que a justiça resultaria do mero jogo da liberdade contratual: recordemos, mais uma vez, Kant (‘quando alguém decide uma coisa em relação a outra pessoa, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas nenhuma injustiça é possível quando se decide para si próprio’) e Fouillée (‘quem diz contratual, diz justo’)” (NORONHA, 1994, p. 123).

quais, segundo a doutrina, consistem na capacidade das partes, licitude e possibilidade do objeto, forma prescrita ou não defesa em lei, ausência de vícios do consentimento²⁶.

Orlando Gomes, debruçando-se sobre a conjuntura de seu desenvolvimento, explicitou o tratamento reducionista que esta estruturação dogmática causou:

“Desde o delineamento da figura do *negócio jurídico* pelos jusnaturalistas alemães nos fins do século XVIII e, em seguida, pelos pandectistas, o *contrato*, tido então como a sua principal espécie, passa a ter um *significado* e uma *fundamentação* correspondentes aos pressupostos culturais da época. Elevado à altura de principal motor da vida econômica, significa atuação da *liberdade* do indivíduo na esfera do Direito, e meio para o exercício do *poder* de autodeterminação individual. Era, em suma, o grande instrumento da *autonomia privada*. As relações patrimoniais tinham, nesse *poder*, atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico a sua fonte exclusiva. Entre esse *poder* de autodeterminação do indivíduo e o contrato há, nesse enfoque, uma conexão que explica a redução da sua estrutura ao puro acordo de vontades. Em tal contexto, o tratamento doutrinário do contrato é simples, limitando-se à explicação dos seus pressupostos e requisitos, do modo por que se forma e se dissolve, de sua classificação, de sua nulidade e de seus tradicionais esquemas típicos”. (2002, p. 15)

Esta concepção que reduz o contrato à manifestação da autonomia da vontade, pautada no individualismo e na igualdade formal, com atribuição de obrigatoriedade e intangibilidade do livremente pactuado, se demonstrou insuficiente para contornar situações degradantes que dele mesmo decorriam, pelo que, sinalizaram-se alguns sintomas de crise do paradigma voluntarista²⁷, ou seja, a estrutura moderna de contrato já não conseguia fundamentar os resultados obtidos das contratações frente àquilo que se entendia como justo, a materialidade

²⁶ Caio Mário da Silva Pereira (1998, item 187, p. 14-17,) compreende os requisitos de validade dos contratos em subjetivos, objetivos e formais, sendo os subjetivos os relativos à capacidade contratual e ao consentimento das partes, os objetivos aqueles que “envolvem a possibilidade, liceidade, determinação e economicidade”, e, quanto ao requisito formal, afirma que “não tem importância senão em linha de exceção”, pois “o direito moderno, como temos visto, despreza o rigorismo da forma”, pelo que, tal requisito de validade apenas será objeto de verificação quando a lei exigir para a eficácia do contrato, especificamente considerado, uma forma especial. Carlos Roberto Gonçalves (2001, p. 5-7), por sua vez, verifica duas espécies de requisitos de validade, os de ordem geral e os de ordem especial. Estes “específicos dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades”. Aqueles, “comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei”. Assim, inclui a capacidade dos contratantes, condição subjetiva, como requisito de ordem geral, do mesmo modo a licitude e possibilidade do objeto do contrato, fatores objetivos, afirmando que licitude importa em “não atentar contra a lei, a moral ou os bons costumes”. Também entre os requisitos gerais, inclui a economicidade do contrato e a forma, quando prescrita em lei.

²⁷ “Quando aos direitos de crédito, o esquema clássico da relação jurídica também não constituiria a *película* mais apropriada para registrar o caráter dinâmico que caracteriza a vida do vínculo obrigacional” (VARELA, 1991, p. 39).

reveladora de desigualdades passou a abalar o dogma exacerbado da autonomia da vontade.

A principal crítica ao contrato dogmaticamente construído na modernidade se dirige à presunção de igualdade dos contratantes. A ordem jurídica conferiu liberdade e igualdade a todos, assim, em face da lei todos são iguais, com base no que, contrata quem quiser e não contrata quem não quer.

Ocorre que esta igualdade abstrata e formal desconsidera o sujeito contratante em sua existência, em sua materialidade. Esta concepção foi fundamental à formação da classe burguesa e do capitalismo, uma vez que, em sendo qualquer pessoa apta a contratar²⁸ em condição de igualdade, independentemente de classe ou posição social, os produtos e serviços do capitalismo não tinham óbices para serem postos em circulação, inclusive a mão de obra empregada na atividade produtiva.

O Código de Napoleão, que exerceu notória influência nos países ocidentais, inclusive entre nós, foi construído sobre o pilar da propriedade²⁹, valorizando, portanto, o indivíduo proprietário, implicando na marginalização daqueles que não eram proprietários³⁰, embora se não lhes restringisse o direito de contratar e participar da vida civil, inclusive, tornarem-se proprietários, ainda que demasiado custoso. Entretanto, tendo em vista que uma das garantias do direito contratual é a atribuição de responsabilidade patrimonial ao devedor, aqueles que não possuíam bens obviamente não gozavam da plenitude de contratar, face à preferência lógica de se realizar negócios com quem os poderá cumprir e suportar, ínsito do pensamento estratégico e instrumental do capitalismo embebido à luz da eficiência econômica.

²⁸ “Com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata” (PEREIRA, 1998, p. 4).

²⁹ Nelson Borges (1999, p. 98) em leitura da obra SELEME, Sérgio. *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*. Rio de Janeiro: In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Renovar, 1998, p. 263, remete a idéia de que o *Code* é considerado o “Código da Propriedade”, no qual o contrato tem papel subordinado à propriedade, figurando como forma de aquisição desta (PIANOVSKI RUZYK, 2006, p. 18).

³⁰ Nelson Borges (1999, p. 100), partindo da leitura de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 84, afirma que “[...] essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; para a maioria, porém, seriam sem sentido porque faltaria os meios de exercê-las”, em outras palavras, a propriedade sobre a qual se extraia a liberdade.

Segundo Orlando Gomes³¹, esta igualdade formal teve como conseqüência lógica a indiferença da ordem jurídica em relação as partes do contrato, tornando-se irrelevante as reais condições dos contratantes. O mesmo autor (GOMES, 1967), com grandeza e propriedade, reconheceu que esta igualdade formal demonstrou ser efetivamente instrumento dos fortes contra os fracos, dos ricos contra os pobres, afirmando ainda que:

“O Direito das Obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado, principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente mais fortes.” (GOMES, 1967, p. 2).

É nesse contexto de reconhecimento do contrato enquanto instrumento de supressão dos mais fracos³² (assim considerados os que não detinham igual capacidade econômica) e de legitimação de abusos, que se passou a conter esta atuação contratual fruto do liberalismo. Assim, o contrato passou a ser permeado por postulados de ordem pública, de interesse coletivo, que, então, deveriam ser observados na contratação³³, condicionando-se a validade dos contratos à verificação da correlação entre o negócio jurídico realizado e a sua recepção pelo ordenamento, através da observância, também, dos requisitos da ordem pública³⁴. Esta harmonização necessária restringiu aquela exacerbada liberdade contratual firmada no dogma da autonomia da vontade, pelo que, o termo autonomia privada³⁵

³¹ “O princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu logicamente à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato” (GOMES, 2002, p. 26).

³² “Como conseqüência daquela autonomia da vontade, grassou largamente a exploração dos fracos pelos fortes” (BORGES, 1999, p. 103).

³³ “Princípio da *supremacia da ordem pública* – Limita o da autonomia da vontade, dando prevalência ao interesse público. Resultou da constatação, feita no início deste século e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco” (GONÇALVES, 2001, p. 8); “Com o ideal da justiça social, multiplicou-se o número de normas imperativas destinadas, por um lado, a proteger, em diversos contratos típicos, a situação da parte considerada social ou economicamente mais débil e, por outro lado, a tutelar certos valores que no domínio dos negócios jurídicos ascenderam à zona dos interesses de ordem pública” (VARELA, 1991, p. 238).

³⁴ “Os limites tradicionais da *autonomia privada* são a *ordem pública* e *bons costumes*, mas o seu exercício é também restringido pelo expediente da *tipicidade* dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio típico” (GOMES, 2002, p. 16).

³⁵ “Atualmente, ao mesmo tempo que se reconhece a importância econômica e social da autonomia privada (e já quase não se fala em autonomia da vontade), aceita-se que devem ser-lhe assinadas limitações, para salvaguarda dos outros dois princípios, da justiça e da boa-fé, que também tutelam

ganhou força e expressão para representar a liberdade do sujeito que se exerce dentro dos limites e em conformidade com o ordenamento jurídico³⁶.

Reconheceu-se a necessidade de se verificar em outros elementos a validade dos contratos³⁷, informados inicialmente pelo ordenamento jurídico, a ordem pública, os bons costumes, permitindo-se, então, um intervencionismo estatal³⁸ no campo dos contratos³⁹, o que se chamou de dirigismo estatal⁴⁰.

Diante da necessidade de se adequar os contratos às circunstâncias supervenientes, passou-se a aceitar a revisão contratual, cujo desenvolvimento tornou-se conhecido como Teoria da Imprevisão, que, embora se apresentasse como uma solução fundamentada no próprio paradigma da vontade, representava importante e relevante passo no apontamento da crise do voluntarismo e a necessidade de se buscarem outros fundamentos ao direito das obrigações. Neste sentido:

valores essenciais” (NORONHA, 1994, p. 122); “A autonomia privada, que não se confunde com o dogma da vontade, é mais ampla do que a liberdade contratual, que se limita ao poder de auto-regulamentação” (VARELA, 1991, p. 241).

³⁶ “Assim, podemos concluir que a autonomia privada, boa-fé e justiça contratual constituem os três princípios fundamentais dos contratos, constituem, poderíamos dizer, a *ordem pública interna* dos contratos. Nesta perspectiva, as ‘outras’ ordens públicas, aquelas usualmente consideradas como constituindo a (única) ‘ordem pública’ (isto é, a ordem pública tradicional, ou política, voltada para a tutela dos bons costumes, da família, das liberdades individuais, etc., mais a nova ordem pública econômica), passariam a constituir uma *ordem pública externa*” (NORONHA, 1994, p. 103).

³⁷ “Atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de regulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada, como diz Betti (*Teoria geral do negócio jurídico*, trad., Coimbra, Coimbra Ed., 1969, t. 1, p. 97), a vontade das partes, seja a real, da teoria da vontade, seja a exteriorizada, da teoria da declaração, apenas pode dar vida ao negócio, mas não justificaria os termos da sua tutela jurídica” (NORONHA, 1994, p. 113).

³⁸ “O Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública [...] seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consume atentado contra a justiça” (PEREIRA, 1998, p.12).

³⁹ “A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o *contrato*, na sua cidadela, ao restringir a *liberdade de contratar*, na sua tríplice expressão de *liberdade de celebrar contrato*, da *liberdade de escolher o outro contratante* e da *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*” (GOMES, 2002, p. 7-8).

⁴⁰ “Não é o fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. Esta a fase atual. Outras ainda hão de vir, sem que o jurista de hoje possa indicar o seu rumo ou a sua tônica, se o dirigismo exacerbar-se-á mais ainda, ou se o princípio da autonomia da vontade, como que num movimento pendular, retomará posição antiga, reconquistando o terreno perdido” (PEREIRA, 1998, p. 13).

“A expansão da teoria da imprevisão pode ser explicada pelo cunho exclusivamente subjetivo da grande maioria das teorias acerca da revisão dos contratos, preocupadas mais com a preservação da vontade dos contratantes (traduzida em termos de previsão) do que com o conteúdo do contrato (entendido a partir dos bens instrumentalizados e do equilíbrio das prestações). A teoria da imprevisão apresenta-se, assim, como um esforço teórico de adaptação da possibilidade da intervenção judicial nos contratos aos pressupostos da teoria contratual tradicional (calcada, como visto, na vontade das partes)” (CORDEIRO, 2005, p. 133-134).

Ocorre que, mesmo com tais modificações no ramo dos contratos, diga-se, a supremacia do interesse público e a sobreposição dos interesses coletivos sobre os individuais egoísticos⁴¹, sua base voluntarista permaneceu a mesma⁴². O contrato dogmático concebido à luz da autonomia da vontade é instituto resistente, entretanto, ratificá-lo contemporaneamente seria evidente retrocesso, sobretudo pela concepção funcional que adquiriu através da boa-fé objetiva⁴³ e dos valores sociais, que se verá especificamente a seguir através de uma abordagem específica quanto à sua utilização como fundamento à revisão contratual.

A conjuntura do Estado interventivo por si só não alterou intrinsecamente o contrato, mas apenas lhe exigiu adequação a elementos externos, quais sejam o ordenamento, os bons costumes e a ordem pública, o que, na verdade, sempre necessitou, alterando-se, portanto, o contexto extrínseco, o qual passou a reconhecer as vicissitudes de um liberalismo sem limites, adequando-o de forma a vedar e exigir condutas dos contratantes, como a limitação de juros, a renovação compulsória de locações, etc.⁴⁴, neste sentido, a boa-fé⁴⁵ objetiva atua como

⁴¹ Deduzindo a função social da solidariedade como valor constitucional, CORDEIRO (2005, p. 184) concebe a função social da seguinte forma: “A função social do contrato, portanto, é muito mais do que simples limitação à liberdade contratual; consiste em uma verdadeira reformulação qualitativa da relação contratual e fundamenta, com seus viés solidarístico, uma nova dimensão da revisão dos contratos”.

⁴² “Pela análise das opiniões de todos os autores referidos, fica evidente o predomínio da concepção tradicional do contrato, centrada nos princípios da liberdade contratual e da vinculatidade do contrato. Nem mesmo os autores que se dedicaram a estudos específicos sobre o contrato discrepam desta posição, muito embora sem dúvida hajam sido eles que iniciaram as críticas que, desenvolvendo-se num *crescendo*, culminaram na posição do Prof. Bittar, e que temos como a mais atualizada, mas, ainda assim, sem deixar de ser ‘clássica’” (NORONHA, 1994, p. 61).

⁴³ “Em nossos dias, cresceu extraordinariamente em importância o da boa-fé, em virtude da revisão por que passou a teoria das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico” (SILVA, 1976, p. 15).

⁴⁴ “O contrato não estava morrendo, e nem sequer em crise. O que estava morrendo era uma concepção inadequada, que considerava como sendo contratual unicamente uma determinada

elemento capaz de conferir à concepção de contrato, interna e externamente considerado, um meio de efetivação de valores existenciais⁴⁶, inclusive, possibilitando a criação de relações obrigacionais com fonte diversas da vontade, “não se conclua, porém, que a vontade foi relegada a segundo plano” (SILVA, 1976, p. 27).

É neste sentido que Eros Belin de Moura Cordeiro propõe uma ruptura com a moderna concepção de contrato, buscando “redesenhá-lo” com fundamentação direta nos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade⁴⁷, “da qual se podem extrair os princípios da boa-fé e da função social do contrato, e o princípio do equilíbrio econômico, base da justiça contratual (retirado da igualdade substancial)” (CORDEIRO, 2005, p. 159). Assim, “a eficácia do princípio da dignidade humana é imediata, atingindo diretamente as relações contratuais, de modo que o interesse econômico jamais pode sobrepor-se ao interesse existencial em que a satisfação de um crédito leve à mazela humana” (CORDEIRO, 2005, p. 162).

Desta visão do contrato, CORDEIRO⁴⁸ atribuí à revisão contratual estimado papel de realizar a “dignidade humana dos contratantes”, asseverando que:

relação jurídica, que teve o seu apogeu em certo período histórico e que pressupunha que as partes fossem, por sua própria natureza, *iguais*” (NORONHA, 1994, p. 78).

⁴⁵ MARTINS-COSTA (2000, p. 394) identifica uma transição de paradigma através da boa-fé objetiva: “A concepção da obrigação como um processo e com uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*”.

⁴⁶ “A Constituição consubstancia o centro axiológico do ordenamento jurídico pátrio, e seus princípios são diretamente aplicáveis ao caso concreto, inclusive como critério para averiguar a existência da excessiva onerosidade superveniente à contratação” (BARLETTA, 2002, p. XX).

⁴⁷ “Decorrência direta da proteção à pessoa é o princípio da solidariedade, traduzido em uma conjugação de esforços para consecução de fins comuns, rompendo com o individualismo característico do sistema oitocentista [...] A solidariedade redimensiona a função do contrato, passando de uma feição essencialmente econômica para uma visão social” (CORDEIRO, 2005, p. 172-173).

⁴⁸ “Desse modo, a revisão dos contratos tem seu espectro aumentado, não se encaixando em nenhum dos pressupostos comumente colocados nas teorias que buscaram explicá-la (existência de fato posterior, imprevisibilidade, perseguição exclusiva de equilíbrio contratual de acordo com a intenção das partes). O contrato é revisado de maneira a facilitar a instrumentalidade do bem essencial à dignidade humana dos contratantes, por força da incidência direta do princípio da dignidade humana. A autonomia privada, então, é condicionada ao interesses existenciais, prevalentes por força da Carta Magna” (CORDEIRO, 2005, p. 168); “[...] a efetivação dos princípios constitucionais na relação contratual a partir da revisão dos contratos, de modo a preservar e redesenhar o contrato segundo a tábua valorativa constitucional” (CORDEIRO, 2005, p. 204).

“A revisão dos contratos deve ter seu papel reformulado a partir da dignidade da pessoa humana, valor fundamental do ordenamento jurídico. Isso significa a preservação do contrato de modo a facilitar a instrumentalidade de bens essenciais à dignidade humana dos contratantes (em outros termos, remodelar a relação contratual de modo a torná-la um veículo de concretização dos valores existenciais). O princípio da pacta sunt servanda passa, então, a ter um fundamento renovado: o contrato que respeite a dignidade dos contratantes, seja em relação à situação concreta de cada um, seja em relação aos bens essenciais aos interesses existenciais aos contratantes, vale como lei entre as partes” (CORDEIRO, 2005, p. 172).

Partindo desta exposição e apontamento axiológico de orientação e informação do direito contratual, passa-se a análise específica da boa-fé objetiva.

2.2 A BOA-FÉ OBJETIVA E A COMPREENSÃO DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO: JUSTIFICATIVA DA REVISÃO CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO DE CONSERVAÇÃO E REALIZAÇÃO DO ESCOPO CONTRATUAL

Reconhece Judith Martins Costa (2000, p. 382) as dificuldades para a aplicação do princípio da boa-fé objetiva⁴⁹, as quais “só podem ser vencidas quando se tem presente, como um dado subjacente, a compreensão da relação obrigacional como uma realidade concreta”, sendo que esta se “desenvolve através de um processo dinâmico, polarizado por uma finalidade”⁵⁰, assim, passa-se a analisar conjuntamente o princípio da boa-fé objetiva e a concepção da relação obrigacional enquanto processo⁵¹, permeando aquele no processo obrigacional.

Clóvis V. do Couto e Silva, em sua magistral obra *A Obrigação Como Processo*, afirma que “a relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente,

⁴⁹ “A cláusula geral da boa-fé objetiva impõe deveres anexos às convenções, como o dever de informação e o dever de colaboração” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 5); “a fonte do dever de agir de boa fé está assim na relação especial que vincula as pessoas – relação que é comum a todos os direitos de crédito, mas que pode também verificar-se nas obrigações reais, nas relações de família e nas relações entre titulares de direitos reais que tenham por objecto a mesma coisa” (LIMA; VARELA, 1997, p. 4).

⁵⁰ “Os elementos todos se interligam, perspectiva esta à qual está conexa a de complexidade, vale dizer, o todo é concretizado por múltiplos elementos, que se encadeiam processualmente em atenção a uma finalidade” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 396).

⁵¹ “Ao lado de sua estrutura, a relação obrigacional deve ser observada sob o aspecto dinâmico e funcional, ou seja, como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a um determinado fim econômico e social” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 17).

sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas antes, o complementa” (SILVA, 1976, p. 5) e, considerada assim, “como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos” (SILVA, 1976, p. 6).

A consideração da relação obrigacional como totalidade decorre da superação da concepção antagônica entre devedor e credor⁵², sendo que a inovação “veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem” (SILVA, 1976, p. 8)⁵³, ou seja, “o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções” (SILVA, 1976, p. 9)⁵⁴.

Assim, a obrigação entendida como processo pressupõe uma característica dinâmica⁵⁵, compreendendo várias fases que se sucedem na relação obrigacional. Em cada qual dessas fases podem os contratantes assumir deveres e direitos diversos, e seus atos tendem a uma finalidade⁵⁶, a qual “determina a concepção da obrigação como processo” (SILVA, 1976, p. 10). Assim arremata SILVA (1976, p. 12-13):

“A unidade funcional e a separação relativa de planos, entre direito das obrigações e direito das coisas é que tornam possível considerar a obrigação como um processo, dando-lhe significado jurídico.

⁵² “Passa-se a observar a relação entre os sujeitos da obrigação não mais como uma sujeição do devedor a um poder discricionário do credor, mas como um feixe complexo e bipolarizado de direitos e deveres de mútua repercussão” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 4-5). Além disso, consideram estes autores que “a designação de sujeito ativo ou passivo, embora usual do ponto de vista didático, mostra-se insuficiente e reducionista, já que limitada a traduzir a estrutura estática do vínculo obrigacional, em que o poder de exigir se mostra concentrado na figura do credor”.

⁵³ “Da mesma forma a solidariedade determina novo modelo de *conduta* dos contratantes, consistente na mútua cooperação em torno da execução da obrigação. O núcleo da relação obrigacional desloca-se, então, da vontade para a efetivação da obrigação em respeito à dignidade das partes” (CORDEIRO, 2005, p. 174).

⁵⁴ “As conseqüências são a de que não há um poder absoluto por parte do credor da obrigação traduzida no contrato (nesse sentido a boa-fé limita o direito crédito)” (CORDEIRO, 2005, p. 176).

⁵⁵ “A valorização, para além do tradicional aspecto estrutural (estático), do aspecto funcional (dinâmico) do fenômeno social” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 4).

⁵⁶ Quanto à finalidade, afirma SILVA (1976, p. 71-72) que “é imprescindível a todo e qualquer ato jurídico. [...] Por vezes, o exame ‘in abstracto’ não revela o fim e somente, quando se pensa concretamente, em contrato determinado, é que se verifica que a finalidade é essencial ao contrato”.

A Atração do dever pelo adimplemento determina mútuas implicações das regras que se referem ao nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional.

Assim, regras há que se dirigem à prestação, e mesmo ao seu objeto, que produzem conseqüências no desdobramento da relação. E o próprio ordenamento jurídico, ao dispor sobre o nascimento e o desenvolvimento do 'vinculum obligationis' tem presente o sentido, o movimento e o fim da mesma relação, ou seja, o encadeamento, em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do dever".

Clóvis V. do Couto e Silva (1976, p. 15) compreende que o desenvolvimento da relação obrigacional, que é polarizado pelo adimplemento, deve estar condicionado por princípios gerais, entre os quais inclui o da 'autonomia da vontade', o da boa-fé e o da separação entre fases do nascimento e desenvolvimento do vínculo, bem como do adimplemento, sustentando que esses princípios:

"ligam-se por fio lógico, pois tanto o da autonomia como o da boa-fé dizem respeito ao nascimento, às fontes e desenvolvimento do vínculo obrigacional e o da separação delimita o mundo, a dimensão na qual os aludidos deveres surgem, se processam e se adimplem" (SILVA, 1976, p. 16).

Deste modo, contemplando a obrigação como processo e o princípio da boa-fé objetiva, o vínculo entre credor e devedor não se encerra "em torno da prestação que este se compromete a realizar em favor daquele, mas também de deveres jurídicos anexos que defluem do contato social privilegiado" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 13), devendo os contratantes pautarem sua conduta de acordo com a boa-fé, compreendida esta, conforme ensinamento de Antunes Varela e Pires de Lima (1997, p. 4), não como a lealdade de um homem de bem, mas com observância de um "dever social de agir com a lealdade, a correção, a diligência e a lisura exigíveis das pessoas, conforme as circunstâncias de cada acto jurídico"⁵⁷.

Quanto à 'autonomia da vontade', SILVA (1976, p. 27) reconhece que ainda é relevante na ordem jurídica privada⁵⁸, entretanto, "ao seu lado, a dogmática

⁵⁷ MARTINS-COSTA (2000, p. 411): "Por 'boa-fé objetiva' se quer significar [...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'; já por boa-fé subjetiva, parte de uma investigação de um estado de consciência, assim averbando a jurista: "Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção".

⁵⁸ "O preceito basilar que continua a servir de trave-mestra da teoria dos contratos é o da liberdade contratual. A liberdade contratual consiste na faculdade que as partes têm, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem" (VARELA, 1991, p. 240).

moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo”, sendo que, da valorização da vontade e desses interesses é que se deduzirão as regras da atual dogmática, ou seja, aquela concepção de contrato dirigida exclusivamente pela vontade deixa de ser a única fonte obrigacional⁵⁹.

Para que o exercício contratual seja pleno em sua função, Antunes Varela (1991, p. 240) observa que, “além de o seu conteúdo respeitar os princípios fundamentais da Constituição” não pode haver “entre as partes uma relação de supremacia econômica ou de carência anormal que permita a uma delas impor arbitrariamente as suas condições à outra”. Isto é perfeitamente compreensível à luz do paradigma da linguagem⁶⁰ com orientação para o consenso através do discurso, em que deve ser verificada a igualdade de condições e a ausência de violência. Ademais, proposta a observância dos princípios constitucionais e, mais que isso, sua concretização⁶¹, recepcionando “a relação jurídica desde que tais experiências individuais tenham uma projeção útil (existencial) para o titular em si e para o coletivo” (NALIN, 2006, p. 244), ou seja, “antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se indagar se aquela realização em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes” (NALIN, 2006, p. 246)⁶².

⁵⁹ Assim, Clóvis V. do Couto e Silva compreende a “boa-fé como elemento criador de novos deveres dentro da relação obrigacional, deveres – convém frisar – que podem nascer e desenvolver-se independentemente da vontade” (SILVA, 1976, p. 32).

⁶⁰ “As duas regras inscritas na própria linguagem, chamadas de regras do discurso, são estas: (1.º) todos os participantes do discurso em princípio são iguais (e, portanto, não devem ser excluídos quaisquer argumentos); (2.º) a obrigação de argumentar *sem violência* (aberta ou oculta – como, por exemplo, ofertas de negociação e/ou ameaças)” (LUDWIG, 2011, p. 76).

⁶¹ “À doutrina e à magistratura cabe romper definitivamente com a tradição liberal e individualista, buscando construir um direito obrigacional coerente com a legalidade constitucional, que se proponha não à manutenção neutra e acrítica de uma pretensa submissão do devedor ao credor, mas à proteção de interesses compatíveis com a dignidade humana, com a solidariedade social e com a igualdade substancial, caracterizando a tendência à eticização das relações negociais”. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 3); “Não se trata de simples leitura do Direito ‘conforme’ a Constituição da República, mas da reformulação jurídica visando-se à consecução desses valores maiores” (GLITZ, 2008, p. 40).

⁶² Esta orientação coaduna com o proposto paradigma da vida de Enrique Dussel: “*Si el ‘paradigma de la consciencia’ (de Descartes a Husserl) fue subsumido por el ‘paradigma del lenguaje’ (como lo muestra Apel); este paradigma, por su parte, debe ser subsumido em el ‘paradigma de la vida’*” (DUSSEL, Enrique. *Apel, Ricoeur, Rorty y La filosofía de La liberación*. México: Universidad de Guadalajara, 1993, p. 25. ét. al. LUDWIG, 2011, p. 143). “Nesse sentido, a vida humana como critério-fonte orienta as ações em geral, razão pela qual nenhum outro campo, sistema ou subsistema (como é o caso do subsistema direito) pode deixar de ter como conteúdo a própria vida humana concreta de cada sujeito” (LUDWIG, 2011, p. 145-146). Desta forma, a conservação da vida onde está afirmada e a transformação onde está negada (LUDWIG, 2006, p. 176), podem ser

Portanto, ainda que a autonomia privada possua relevante papel, não se pode retroceder ao voluntarismo e admiti-la como único elemento necessário à formação, desenvolvimento e execução dos contratos⁶³. Conforme propõe Paulo Nalin (2006, p. 252), deve ser residual o espaço atribuído à vontade no contrato, a qual deve se circunscrever à boa-fé, a qual é “sempre caracterizadora do núcleo contratual contemporâneo – solidariedade constitucional – em relativização do papel da vontade do contratante” (NALIN, 2006, p. 252).

Clóvis V. do Couto e Silva afirma que a obrigação entendida como processo está ligada diretamente com as fontes, de onde nascem os deveres, e com o desenvolvimento do vínculo (SILVA, 1976, p. 72-73), ressaltando, entretanto, que “não se deve pensar que a ‘complexidade’ do desenvolvimento do vínculo esteja condicionada à extensão da inserção do fim no suporte fático do negócio jurídico”, e acrescenta que “a hermenêutica e a categoria jurídica do ato é que darão a medida do desenvolvimento do processo até o adimplemento total”.

No que diz respeito a estas fontes de obrigações, o autor reconhece também o contato social e os atos existenciais⁶⁴, explicando que contato social se trata de uma categoria da sociologia inserta na doutrina do processo social e que, juridicamente, “aparece para justificar o nascimento de direito e obrigações, quando não existe contrato” (SILVA, 1976, p. 88-89), assim como nas situações por responsabilidade extracontratual, ou ainda obrigações ínsitas à atividade pré-negocial⁶⁵, embora também se possa afirmar que estas últimas seriam uma espécie de antecipação da boa-fé contratual aplicável ao contexto das negociações.

atingidas através do contrato que tenha integrado em seu conteúdo a finalidade recíproca de realização e desenvolvimento da personalidade do homem existencial (NALIN, 2006, p. 244-245).

⁶³ “O contrato não é hoje apenas uma expressão da autonomia privada nas zonas de interesses vitais dominadas pelo direito; é também um instrumento de cooperação entre as pessoas, no plano dos valores que o direito é chamado a servir” (VARELA, 1991, p. 241).

⁶⁴ Tratam-se do resultado de “práticas continuadas, de costumes, esses tipos tem a cogência peculiar ao ‘poder’ da sociedade” (SILVA, 1976, p. 92), são negócios não tipificados legalmente, mas socialmente, “atuam sobre a atividade dos indivíduos processando-se uma estruturação, um tipificar-se de condutas, na qual a vontade individual, em virtude da objetivação decorrente da incidência daqueles fatores sociais, vai passando para segundo plano [...]. São os atos absolutamente necessários à vida humana” (SILVA, 1976, p. 92); “atos existenciais, tais como os referentes ao suprimento das necessidades básicas dos indivíduos na sociedade contemporânea, manifestados nas ‘condutas socialmente típicas’” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 398).

⁶⁵ “A responsabilidade pré-contratual, com a amplitude que lhe dá a redação do artigo 227.º, abrange os danos provenientes da violação de todos os deveres (secundários) de informação, de esclarecimento e de lealdade em que se desdobra o amplo espectro negocial da boa-fé” (VARELA, 1991, p. 273).

Há também situações em que a lei disciplina o nascimento de obrigações a partir da realização de um fato, as quais independem da manifestação de vontade dos envolvidos na relação obrigacional⁶⁶, ao que atribuiu SILVA o termo “fontes normadas”, arrematando:

“Para o conceito de obrigação como processo é importante a distinção entre fontes com suporte fático normado e negociais. Em ambas haverá, é certo, a separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento e a do adimplemento ou satisfação. [...] O discrimine entre fontes negociais e normadas é ainda relevante, pois o processo obrigacional, embora em ambas as hipóteses seja polarizado pelo adimplemento, quando se verificar, no entanto, fonte normada, o desenvolvimento da relação se realiza conforme o ‘programa’ traçado pela lei” (SILVA, 1976, p. 96-97).

Assim, a partir da constatação do fato, a obrigação nascerá, e igualmente às decorrentes de negócio jurídico, se desenvolverá através de um processo destinado ao adimplemento.

Quanto à intensidade de vinculação obrigacional, é possível atribuir graus de acordo com a estrutura da obrigação, constatando-se inicialmente uma distinção entre prestação primária e secundária⁶⁷, aquela inerente à prestação e esta à responsabilidade⁶⁸, consequência que oferece garantia à obrigação, assim, no contexto dos deveres que surgem em cada fase da relação obrigacional, notadamente aqueles decorrentes da boa-fé objetiva, é possível que haja responsabilização de algum dos contratantes mesmo antes da realização da prestação, como nos casos de violação de sigilo decorrente do negócio, ou mesmo depois da prestação⁶⁹, por sua ineficiência⁷⁰, pelo que, a relevância do princípio da boa-fé objetiva.

⁶⁶ “Quando a lei prevê como fonte determinado evento, no qual não se manifesta a vontade de particulares, não se cogitará nem de negócio jurídico nem de ato em sentido estrito” (SILVA, 1976, p. 96)

⁶⁷ “A prestação primária corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui a responsabilidade. É preciso, porém, ter presente, que a responsabilidade é elemento da obrigação e coexiste com o débito” (SILVA, 1976, p. 100).

⁶⁸ “O débito pode ser espontaneamente pago pelo devedor, extinguindo-se sem que a responsabilidade tenha jamais abandonado seu estado potencial. Se o devedor, todavia, não extingue espontaneamente o débito por meio do pagamento, a responsabilidade desperta e passa a estar à disposição do credor para exigir o cumprimento da prestação” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 14).

⁶⁹ “Podendo-se apresentar antes mesmo da conclusão do negócio (o que explica, por exemplo, o dever de informar no período pré-contratual) ou até após finda a relação, como é o caso da chamada responsabilidade pós-contratual” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 403).

Em virtude da finalidade da obrigação, “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’” (SILVA, 1976, p. 29), ou seja, visando a cooperação dos contratantes para atingir o fim da obrigação⁷¹. Entre as significações que a boa-fé apresenta com relação ao campo das obrigações, ela “manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui” (SILVA, 1976, p. 29)⁷², deveres estes destinados tanto ao credor como ao devedor, ou seja, a boa-fé atinge ambos os partícipes da relação obrigacional (SILVA, 1976, p. 29), determinando a mútua consideração entre estes, uma vez que o interesse de cada um encontra fronteira nos interesses do outro (SILVA, 1976, p. 30).

“A boa-fé não constitui um requisito de conteúdo fixo, uniforme, predeterminado, invariável, mas, muito pelo contrário, uma exigência de conteúdo variável ou flexível, adequado às circunstâncias de cada tipo de situações” (LIMA; VARELA, 1997, p. 5), assim, “os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, [...] em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam” (SILVA, 1976, p. 31), pelo que, cada obrigação, de acordo com cada caso⁷⁴,

⁷⁰ Clóvis V. do Couto e Silva (1976, p. 35), adverte, porém, a possibilidade de que, embora não satisfeita integralmente uma prestação, não haja espaço a qualquer imputação de responsabilidade ao devedor, pois há de ser verificada a lealdade e o respeito com que atuou o devedor.

⁷¹ “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam” (SILVA, 1976, p. 30). Clóvis V. do Couto e Silva (1976, p. 119), assevera, ainda, que os deveres decorrentes da boa-fé possuem “fim próprio, diverso do da obrigação principal”, pelo que afirmou que o “fim comanda toda a relação jurídica e conforma os deveres e direitos que a relação jurídica produz em contato com a realidade social, no curso de seu desenvolvimento”.

⁷² “A perspectiva funcional [...] sublinha a complexidade dos interesses e deveres recíprocos presentes na relação obrigacional, impondo a mútua colaboração em torno do escopo comum, e tornando questionável aquela terminologia” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 5).

⁷³ Antunes Varela e Pires de Lima (1997, p. 3), em comentário ao artigo 762 que trata da boa-fé como princípio geral no Código Civil português assevera que: “o dever da boa-fé não se circunscreve ao simples acto da prestação, abrangendo ainda, na preparação e execução desta, todos os actos destinados a salvaguardar interesse do credor na prestação (o fim da prestação) ou a prevenir prejuízos deste, perfeitamente evitáveis com o cuidado ou a diligência exigível do obrigado”.

⁷⁴ “A rigor, todavia, a incidência de deveres anexos – que são variados e variáveis de acordo com a relação em particular – torna qualquer obrigação objetivamente complexa, no sentido de que seu objeto passa a ser composto por inúmeros deveres (de cooperação, de informação, de sigilo) que se somam à prestação principal para compor o rico tecido de qualquer relação obrigacional” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 20); “Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 412).

demandará deveres proporcionais à natureza da prestação e da relação existente⁷⁵, ora evidenciando os deveres de informação como mais relevantes, ora os de cooperação, lealdade, proteção, entre outros⁷⁶. “A boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes, na relação jurídica” (SILVA, 1976, p. 31), distinguindo-se dos valores morais a que se referem os bons costumes, e alcança “todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações” (SILVA, 1976, p. 33).

Outra grande importância da boa-fé objetiva é que ela também atua como elemento integrador na relação obrigacional⁷⁷, assim, rompe-se à visão voluntarista de interpretação do contrato de acordo com a soma das vontades, passando-se então a considerá-las fundidas com a orientação para a obtenção de um fim objetivo⁷⁸, o elemento central da obrigação, pelo que, a boa-fé se revela como medida justa de interpretação da vontade, objetivada no contexto obrigacional (SILVA, 1976, p. 33).

Conforme dito, a dinâmica da boa-fé impõe deveres aos contratantes, os quais, emergindo da relação concretamente considerada⁷⁹, podem ser classificados em “deveres secundários, anexos⁸⁰ ou instrumentais” (SILVA, 1976, p. 35), sendo

⁷⁵ “A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico” (SILVA, 1976, p. 40). Este fim, segundo o autor é aquele resultado a que as partes pretendem com a contratação, pretendido por ambos, e não a causa que levou à contratação, que integra nitidamente a esfera subjetiva de cada um dos contratantes.

⁷⁶ “Há, no contrato, o dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause à outra algum dano, em razão da sua atividade. Existem, assim, deveres do credor, que não são deveres para consigo mesmo, mas sim deveres jurídicos. Muitos deles consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante” (SILVA, 1976, p. 39).

⁷⁷ “Costuma-se atribuir à boa-fé objetiva uma tríplice função: (i) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; (ii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) função interpretativa dos contratos” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 17).

⁷⁸ Quanto a este papel: “A boa-fé objetiva exerce ainda o papel de critério de interpretação e integração das relações obrigacionais, preenchendo lacunas nas normas contratuais e auxiliando o juiz na identificação da intenção das partes, ou melhor, do escopo de um determinado negócio jurídico” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p.18).

⁷⁹ “Não se pode de antemão dizer quais são os deveres acionáveis, pois isso depende do exame concreto de cada um deles no desenvolvimento da relação obrigacional” (SILVA, 1976, p. 119).

⁸⁰ “Todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação” (SILVA, 1976, p. 117); “O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes deveres anexos ou secundários, como os deveres de informação, de transparência e de cooperação” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 18).

que tais deveres, conforme já contextualizados, podem ter área de aplicação em fases específicas da obrigação, ou mesmo em toda a relação obrigacional:

“Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência” (SILVA, 1976, p. 113)

Para Clóvis V. do Couto e Silva (1976, p. 42), a aplicação da boa-fé tem função harmonizadora, conciliando o “rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no ‘nortus conclusus’ do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”, arrematando que, diante do contrato com a regra ética, através da aplicação do princípio da boa-fé “outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados.”

É desta conclusão que a presente investigação encontra o espaço para a revisão contratual por fatos supervenientes, sendo que, ao mesmo tempo que conserva a existência e eficácia do contrato, relativiza a obrigatoriedade para o fim de conservar o equilíbrio contratual⁸¹.

“O princípio da obrigatoriedade dos contratos ganha novo perfil, ou seja, a fidelidade ao conteúdo do pacto deve estar condicionada ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana dos envolvidos de forma solidária e não individualista” (CORDEIRO, 2005, p. 175).

“Desse modo, a boa-fé, por sua característica eminentemente tópica, permite a reconstrução da relação contratual. Atua como promotora do reequilíbrio do contrato e reformula a noção de segurança do tráfico” (CORDEIRO, 2008, p. 180). A incidência da boa-fé objetiva, como já fora assinalado, afastou o

⁸¹ “O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos é abandonado em certas circunstâncias, atribuindo-se ao juiz o poder de revisão para restaurar o equilíbrio rompido, ou para liberar o devedor” (GOMES, 1967, p. 7); “A força obrigatória dos contratos e a intangibilidade contratual, portanto, não restam simplesmente afastadas, mas devem ser re-interpretadas, de acordo com essa realidade” (GLITZ, 2008, p. 44).

antagonismo entre devedor e credor, atribuindo deveres também a este último, em face da ordem cooperação⁸².

Ademais, se é imposto bilateralmente, ao devedor e ao credor, os deveres de impedir que sua respectiva conduta dificulte a prestação do devedor (SILVA, 1976, p. 120), de modo a não obstar o fim do contrato, se da ocorrência de fatos supervenientes reste alterado o equilíbrio contratual de modo que dificulte ao devedor o cumprimento de sua prestação, à luz da cooperação decorrente da boa-fé e em efetividade do valor constitucional da solidariedade, devem os contratantes buscar solução com vistas à remoção de obstáculos que dificultem a realização da prestação e o fim do negócio⁸³, através da revisão contratual.

Nesta hipótese a boa-fé se exercerá em sua função restritiva de exercício abusivo de direito contratual⁸⁴, no caso em tela o direito de recebimento da prestação que se alterou em virtude de fatos supervenientes de modo a gerar onerosidade excessiva no cumprimento por parte do devedor, assim como, em operando a revisão contratual, a função interpretativa dos contratos a fim de adequar a equivalência das prestações⁸⁵ tomando em conta o objetivo comum dos contratantes, o fim econômico e social a que se propuseram a atingir, ou seja, a boa-

⁸² É este o entendimento de Clóvis V. do Couto e Silva (1976, p. 120): “A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e credor”.

⁸³ “A boa-fé objetiva tem alterado mesmo a compreensão do vínculo jurídico entre credor e devedor, ao submeter o antes dito sujeito ativo a uma série de deveres anexos, demonstrando o mútuo compromisso na consecução do fim econômico e social de cada relação obrigacional estabelecida em concreto” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 19); “Os deveres acessórios de conduta recaem sobre o devedor, como afectam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado e proporcione ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida” (VARELA, 1991, p. 130).

⁸⁴ “A boa-fé está em íntima relação com a revisão contratual. Codificações mais recentes, como a portuguesa, ligam diretamente o fenômeno da alteração das circunstâncias ao princípio, de modo a ser ato atentatório à boa-fé exigir o cumprimento de prestação contratual onerada por uma modificação externa subjacente ao contrato. A teoria da base negocial objetiva formulada por Larenz fundamenta-se, com relação à impossibilidade de alcance da finalidade do contrato, diretamente na boa-fé” (CORDEIRO, 2008, p. 177-178).

⁸⁵ “No conceito material de relação jurídica, é que se adentra o conceito de justiça comutativa como algo imanente ao vínculo” (SILVA, 1976, p. 131), isto porque, no paradigma da vontade, o contrato era presumidamente justo e injusto somente o seu descumprimento. Além disso, da ausência da visão de contrato enquanto processo, era indiferente à execução do pactuado a existência de fatos supervenientes que tivessem tornado a obrigação excessivamente onerosa ao devedor, o contrato era uma estrutura unitária, não contemplando a concepção de um desenvolvimento que potencialmente conduziria a desequilíbrios e injustiças.

fé atuará “como verdadeiro *elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato*” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 418).

E quanto à integração propriamente dita, MARTINS-COSTA (2000, p. 428) aborda a situação da previsibilidade, uma vez que a boa-fé atua no “preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”.

Ainda, embora a iniciativa da revisão contratual parta de apenas um dos contratantes, o que se verá prejudicado pelo cumprimento do contrato na situação contemporânea, a boa-fé também operará através do dever de cooperação, pois, partindo da compreensão da relação obrigacional como processo e a respectiva incidência da boa-fé em todas as suas fases, conclusão outra não poderia haver senão aquela determinante da incidência deste dever também neste novo contexto causado por fatos supervenientes, ainda com intuito de alcançar o escopo contratual, preservando-se, pois a obrigação.

Como bem considerou Judith Martins Costa (2000, p. 432), ainda sobre a boa-fé:

“Por esta deve ser compreendido, neste específico campo funcional, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar”.

Demonstra-se, pois, que através da incidência da boa-fé objetiva e da compreensão do contrato como processo, sujeito inclusive a alterações entre suas fases, no caso em tela, por força de fatos supervenientes, é possível operar-se a revisão contratual⁸⁶, com vistas a adequar o parâmetro inicial de equivalência das prestações voltadas à realização da finalidade a que se propuseram os contratantes, evitando-se, com isso, que o cumprimento do contrato opere de modo abusivo sobre aquele contratante que se vê em situação de excessiva onerosidade.

Convém assinalar a correta postura do mestre Clóvis V. do Couto e Silva quanto àqueles que se cegam às circunstâncias que se operam na vida, e não

⁸⁶ “A revisão dos contratos reveste-se de particular importância por permitir ao Juiz um efetivo grau de concreção, calcado em uma análise tópico-sistemática, fundamental para efetivação dos valores e princípios constitucionais” (CORDEIRO, 2005, p. 157).

diferentemente, nos contratos⁸⁷, integrando nestes uma nova fase da relação obrigacional:

“O pensamento, porém, daqueles que vêm no contrato uma vontade abstrata a posição de que, uma vez perfeitos, estão livres de toda e qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, outra coisa não consiste senão em considerar o contrato algo meramente formal, verdadeiro mecanismo à margem da vida, maior produtor de conflitos de interesses do que soluções para os mesmos.” (SILVA, 1976, p. 132)

Judith Martins Costa, através da boa-fé objetiva extraída do sinalagma, representado pela relação de equilíbrio das prestações, assevera que:

“À vista da concreta finalidade do contrato, considerado com um processo, que, podendo transformar-se no tempo, deve, contudo, guardar, muito embora as eventuais vicissitudes sofridas em razão do seu transcurso, a mesma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação originalmente pactuada” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 420)

Desta forma, ainda que diante da onerosidade excessiva causada por fatos supervenientes, devem os contratantes agir com boa-fé para adequar o escopo contratual através da revisão do contrato, em cooperação para correção do desequilíbrio causado, pois tanto a um quanto a outro incumbem os deveres destinados ao pleno alcance da finalidade econômica e social do contrato, confirmando-se, portanto, a boa-fé objetiva como fundamento para revisão contratual⁸⁸.

⁸⁷ “Consistindo algo vivo, concreto, ‘real’ em sua temporalidade, a relação obrigacional pode ‘sem perder a sua identidade como tal [...] ser modificada em seu conteúdo’” (LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones, tomo I*, p. 38, *apud* MARTINS-COSTA *et. al.*, 2000, p. 393).

⁸⁸ Apontam também esta possibilidade Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 461): “a doutrina debruça-se em um sem número de explicações sobre o instituto, lembrando, inclusive, o princípio da boa-fé nos contratos e a regra moral das obrigações que devem ilustrá-los e também fundamentam a imprevisão contratual”, Roberto Senise Lisboa (2006, p. 485): “uma interpretação principiológica viabiliza, no meu entender, a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos bilaterais civis, mediante a boa-fé objetiva e a idéia de equilíbrio permanente da relação contratual, que dela deriva (vide o art. 422 deste Código)”, e Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 53): “Em realidade, com base nas cláusulas gerais sempre se poderá encontrar fundamento para a revisão ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento para uma das partes, em detrimento da outra”.

3 APLICAÇÃO DA REVISÃO CONTRATUAL DECORRENTE DE FATOS SUPERVENIENTES

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA REVISÃO CONTRATUAL – EVOLUÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

A revisão contratual ou sua resolução se operou, em princípio, com base na cláusula *rebus sic stantibus*, a qual era compreendida como cláusula implícita nas contratações, com referência à permanência da situação existente ao momento da contratação quando do seu cumprimento⁸⁹.

Entretanto, com a construção do dogma da vontade, objeto de análise no início da presente investigação, a cláusula perdeu espaço de aplicação face a vigência do *pacta sunt servanda*, vindo a tomar espaço a sua rediscussão apenas no início do século XX, sobretudo pelos grandes prejudicados com os efeitos extraordinários e imprevisos decorrentes da Primeira Guerra Mundial, interferindo nas contratações⁹⁰.

Assim, a doutrina passou a adotar a finalidade da cláusula de acordo com o contexto jurídico então vigente, autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*, referida como teoria da imprevisão ou superveniência, através da qual se passou a investigar o sentido da justiça contratual, a possibilidade de se permitir a revisão ou a resolução dos contratos através de decisão judicial em face da onerosidade excessiva causada a um dos contratantes em decorrência de acontecimentos que eram imprevisíveis ao momento da contratação (FONSECA, 1958, p. 19), influenciando, conseqüentemente, a jurisprudência.

⁸⁹ “Por muitos anos, pela influência sobretudo dos tribunais eclesiásticos e dos pós-glosadores ou bartolistas, foi admitida pacificamente, como subentendida nos contratos que tivessem *dependentiam de futuro*, a célebre cláusula *rebus sic stantibus*, - abreviação da fórmula: *Contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* – pela qual, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação” (FONSECA, 1958, p. 18).

⁹⁰ As alterações profundas, de ordem econômica e social, provocadas pelas duas grandes conflagrações que tem agitado o mundo na primeira metade deste século, não poderiam deixar de refletir-se no campo jurídico, para atenuar a rigidez de normas, cuja aplicação integral conduziria a injustiças evidentes” (FONSECA, 1958, p. 200).

Nelson Borges (1999, p. 77-78) atribui ao Tribunal do Comércio de Toulouse o primeiro julgamento realizado por um colegiado superior no qual se admitiu a aplicação da teoria da imprevisão, proferido em 1º de junho de 1915⁹¹, entretanto, segundo o autor, foi em 1916 que “a mais célere ruptura na rigidez contratual da regra *pacta sunt servanda* ocorreu no caso da *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*”⁹².

Partia-se de um contrato de concessão com prazo de trinta anos, realizado entre a companhia acima referida e a municipalidade de Bordéus, realizado em 08 de março de 1904, tendo por objetivo a distribuição de gás e energia elétrica na região bordalesa (BORGES, 1999, p. 79). Embora estivesse prevista cláusula de tarifário com base na variação dos preços de aquisição do carvão, esta possuía limitação, cujo índice máximo foi atingido ainda no final do ano de 1914.

Assim, tendo em vista a escassez do carvão, a redução do número de produtores desta matéria-prima, os quais foram alvo de invasões bélicas, a prioridade da utilização do carvão nas indústrias de guerra, bem como a elevação dos custos de transportes, a concessionária requereu à Municipalidade a

⁹¹ Tratou-se da demanda de um alfaiate que se encontrava empregado na casa de dois costureiros de luxo, tendo como contraprestação o pagamento mensal de 350 francos. Entretanto, face aos efeitos imprevisíveis da guerra, os empregadores viram sua clientela reduzida, pelo que, mesmo com esforços, eram inúteis as tentativas de normalizar a produção, conseqüentemente, tornando-se insustentável a continuidade do pagamento ao alfaiate pela redução dos habituais serviços que prestava, fato este que levou os empregadores a propor a suspensão dos preços prometidos, o que não fora aceito pelo alfaiate, o qual, por sua vez, exigiu o pagamento devido pelo trabalho contratado, sob a fundamentação de que a guerra não seria justificativa para que se deixasse de cumprir o avençado, mesmo em face da dificuldade ou onerosidade da obrigação. Diante disto, a decisão aplicou a teoria da imprevisão considerando que o acolhimento da tese do alfaiate levaria a ruína de algumas operações comerciais e industriais, ademais, se as obrigações devem ser cumpridas conforme o contratado impõe-se que a execução do contrato ocorra sob as circunstâncias normais e inerentes à vida econômica manifestada no momento do acordo, pelo que, diante das consequências do estado de guerra, não seria exigível o cumprimento ruinoso daqueles que seriam vítimas destes compromissos. Nelson Borges transcreveu o teor da decisão: “*Attendu que les considérations d'équité ne permettent pas d'admettre la thèse soutenue par le sieur Estève, dont la consécration entrainerait, dans les circonstances actuelles, la ruine de certaines exploitations industrielles et commerciales; que si les engagements contractés doivent être exécutés conformément aux termes de la convention, il faut nécessairement que cette exécution puisse s'opérer dans les circonstances courantes et habituelles inhérentes à la vie économique normale telle qu'elle se déroulait au moment des accords; que l'état de guerre actuel a troublé profondément la vie économique du pays et crée dans le commerce et l'industrie des situations critiques et difficiles que ne permettent pas d'obliger ceux que sont victimes à remplir des engagements ruineux*” (BORGES, 1999, p. 77).

⁹² “Na França, pela primeira vez, depois da entrada em vigor do Código Civil de 1804, era adotada francamente a noção de imprevisão como causa determinante para revisão ou extinção dos pactos, inteiramente distinta das noções até então adotadas nas hipóteses de força maior, como motivo para exoneração integral do devedor da responsabilidade contratual” (BORGES, 1999, p. 82).

modificação das tarifas, o que fora negado pelo Conselho da Prefeitura sob o fundamento de que o contrato era lei entre as partes, que a guerra não se tratava de caso de força maior e que o juiz não poderia modificar um contrato vigente sem o consentimento das partes (BORGES, 1999, p. 81).

Não satisfeita, a concessionária apelou à instância superior, tendo novamente negada sua pretensão, então pelo Conselho da Prefeitura de Gironde, pelo que, apelou ao Conselho de Estado, o qual, segundo BORGES (1999, p. 81), “reconheceu que a alta do preço do carvão não só tinha um caráter excepcional como também inseria, como decorrência, um aumento no custo de fabricação do gás”, acolhendo então a teoria da imprevisão para o fim de conceder indenização à concessionária e revisar o contrato, o que foi feito através de regulamentação de condições e normas para compor os prejuízos.

No Brasil⁹³ atribui-se a Nelson Hungria a primeira decisão⁹⁴, ainda em primeira instância, que acolheu a teoria da imprevisão, embora reformada pelo Tribunal, conforme as palavras de FONSECA (1958, p. 310):

“Na nossa jurisprudência, a primeira decisão que conseguimos encontrar, favorável à velha máxima, foi a proferida, em 27 de outubro de 1930, pelo então juiz, hoje ministro, NÉLSON HUNGRIA, que não a encontrando expressamente consagrada em nossa lei civil, inferiu-a entretanto, dos princípios gerais de direito e da equidade, relacionando o seu fundamento a uma questão de interpretação da vontade e ao princípio da boa-fé contratual. Referiu-se ainda à teoria do erro e considerou, por último, a execução pontual do contrato, modificado de modo radical e imprevisto o ambiente objetivo em que se formara, como envolvendo um enriquecimento injusto”.

Ademais, em comentário à decisão colegiada que reformou a pioneira decisão de Nelson Hungria, FONSECA (1958, p. 312) explanou que o entendimento adotado pelo Tribunal⁹⁵ foi no sentido de que seria mais grave e prejudicial a

⁹³ Quanto ao posicionamento jurisprudencial da primeira metade do século XX, ver FONSECA (1958, p. 310-321).

⁹⁴ “As decisões pioneiras de Nelson Hungria (na então 1ª Instância, no Rio de Janeiro) e do nosso Supremo Tribunal Federal, em 1938, aceitando-a integralmente” (BORGES, 1999, p. 30); “Em 1930 veio a lume famoso julgado de Néelson Hungria, abrindo a porta do pretório às novas tendências do pensamento” (PEREIRA, 1998, p.99).

⁹⁵ Arnaldo Medeiros da Fonseca transcreveu em sua obra o seguinte trecho do acórdão proferido na apelação cível de nº. 2.475, do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de relatoria do desembargador Alfredo Rússel: “A própria sentença reconhece que a nossa lei civil não contempla expressamente a resolubilidade dos contratos de execução futura em consequência de mudança radical do estado de fato; mas invoca a jurisprudência e doutrina que, a seu ver, têm decidido que

admissão da imprevisão do que o mal que com ela se pretendia remediar, ou seja, ponderando-se o prejuízo excessivo do contratante frente ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, este é que deveria prevalecer.

Esta orientação enaltecida da intangibilidade contratual, tipicamente fundada no paradigma da vontade, embora justificada com o discurso da segurança jurídica, legítima situações injustas, nas quais o devedor se vê submetido a uma prestação muito mais onerosa do que aquela que efetivamente assumiu, em decorrência de fatos supervenientes, o que, à luz da boa-fé objetiva, conforme anteriormente exposto, daria ensejo aos contratantes para revisar o contrato de modo a ajustá-lo ao novo fato e, conservando-se a obrigação, atingirem o escopo econômico e social pretendido por estes.

Neste sentido, buscando fundamentar a necessidade e a aplicação da imprevisão para revisar ou, em não sendo possível sua revisão, resolver o contrato, edificaram-se algumas doutrinas, cuja contemplação será realizada mais a frente.

Arnoldo Medeiros da Fonseca, de inquestionável autoridade sobre o tema⁹⁶, relatou as discussões doutrinárias de porte internacional sobre o tema, entre as quais a Semana Internacional de Direito de 1937⁹⁷, o Congresso Internacional do

tais contratos devem ser considerados *rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus*, cláusula resolutória implicitamente presumida. Nem mesmo, entretanto, tal princípio seria de atender na hipótese dos autos, em que se trata apenas de um imóvel que, em virtude de ato da administração, apenas teria o seu valor aumentado. O apelante em suas razões de fls. 95 mostrou como se tem manifestado a doutrina em hipóteses, como a que pretende a sentença apelada aplicar à dos autos, e nenhuma decisão dos nossos tribunais se invoca a favor da conclusão a que chegou o Dr. Juiz *a quo*) (FONSECA, 1958, p. 311).

⁹⁶ “Outro grande estudioso do tema – talvez o mais completo entre nós – Arnoldo Medeiros da Fonseca” (BORGES, 1999, p. 58); “Entre nós, foi adaptada e difundida por Arnoldo Medeiros da Fonseca, com o nome de *teoria da imprevisão*, em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*” (GONÇALVES, 2001, p. 11); “O Mestre que entre nós primeiro estudou em profundidade o fenômeno, optando pela teoria da imprevisão, em livro que se tornou clássico” (NORONHA, 1994, p. 245); “A que, a nosso ver, melhor atende às injunções sistemáticas é a da *imprevisão*, aqui afeiçoada e difundida por Arnoldo Medeiros da Fonseca” (PEREIRA, 1998, p. 100).

⁹⁷ Referindo-se aos trabalhos realizados na Semana Internacional de Direito de 1937, realizada na França, Arnoldo Medeiros da Fonseca extraiu das palavras de RIPERT que: “a doutrina revisionista oferecia dois inconvenientes: em primeiro lugar, o risco de atribuir-se ao juiz uma faculdade quase ilimitada, sem guia e sem direção; e, em segundo lugar, a possibilidade de despertar-se no ânimo dos contratantes, cuja *boa-fé* se queria proteger, a inclinação para a *má-fé*, com a esperança de não ficarem vinculados pelos compromissos assumidos” (FONSECA, 1958, p. 205). Ainda citando as palavras de RIPERT (*Travaux de La Semaine Internacinale de Droit*, vol. II, págs. 216-217), mencionou que a força obrigatória do contrato é “l’héritage que nous tenons du droit romain exprimant cette idée que la volonté de l’homme le lie, et aussi de la morale chrétienne exprimant l’idée que, quand on a donné sa parole, quand on a juré sa foi, on doit la tenir. Si on ebranle de pareilles vérités, on est réduit, sur chaque point, à provoquer l’intervention du législateur, et nous, juristes, nous sentons bien que nous perdons ainsi notre rôle; nous ne sommes plus alors que des

Direito Privado de 1950⁹⁸, a VII Conferência Interamericana de Advogados de 1951⁹⁹ e o *XIII Congresso da Union Internationale des Avocats* de 1951¹⁰⁰.

No campo legislativo se tornou notória a Lei Failliot^{101 102}, também conhecida como “Lei de Guerra” surgida na França, através da qual, permitiu-se a intervenção

légistes chargés d'appliquer la loi, alors que nous considerons jusqu'ici comme des juristes chargés de maintenir le droit.” (RIPERT *et. al.*, 1937, *apud* FONSECA *et. al.*, 1958, p. 205).

⁹⁸ Aludindo ao Congresso Internacional do Direito Privado, realizado em Roma em julho de 1950, do qual também participou Arnaldo Medeiros da Fonseca, sublinhou a preocupação asseverada por Leyde EDUARD MAURITS MEIJERS (*Actes du Congrès International de Droit Privé*, pág. 113), o qual afirmou que: “se os contratantes tiverem a possibilidade de invocar normas coercitivas que lhes permitam subtrair-se a suas promessas, se puderem demandar judicialmente, com facilidade, a rescisão ou modificação dos contratos, será isso o fim da confiança recíproca, base de todas as relações jurídicas entre os homens” (MEIJERS *et. al.*, 1950 *apud* FONSECA *et. al.*, 1958, p. 206). No mesmo Congresso (*Actes du Congrès International de Droit Privé*, págs. 115 a 127, 382-383 e 398 a 400), em sentido diverso o próprio FONSECA manifestou que: “Divergindo dessa conclusão, procuramos demonstrar, em nosso relatório e no debate oral, ser necessário reconhecer, de conformidade com os princípios e idéias que vinham prevalecendo no direito contemporâneo, que a necessidade econômica de segurança das relações jurídicas tinha limites que justiça comutativa não permitiria ultrapassar sem ferir a consciência comum” (FONSECA, 1958, p. 206).

⁹⁹ Quanto à VII Conferência Interamericana de Advogados, realizada em novembro de 1951 em Montevideu, ressalta FONSECA que, após longos debates acerca da matéria da imprevisão, aprovou-se o seguinte texto redigido por PEIRANO FACIO e EDUARDO BUSSO (*Anales de La VII Conferencia Interamericana de Abogados*, t. I, págs. 174 a 438, e t. II, págs. 205 a 219.): “Es conveniente, em los países de derecho codificado, una previsión legislativa para solucionar los casos que la doctrina llama de imprevisión, reduciendo su radio de acción a los limites más estrictos com miras a la seguridad contractual” (FACIO e BUSSO, *et. al.*, 1951, *apud* FONSECA *et. al.*, 1958, p. 208).

¹⁰⁰ Destacou o notável Arnaldo Medeiros da Fonseca, também, os relatórios de SAN TIAGO DANTAS e JAIME LANDIM no XIII Congresso da Union Internationale des Avocats (Union Internationale des Avocats – Travaux Du XIII Congrès, págs. 180 a 211, 296 a 313 e 328-329), realizada no Brasil, na qual se concluiu que “O Princípio da força obrigatória das convenções de direito público e de direito privado não se deve opor à revisão das obrigações tornadas demasiadamente onerosas em consequência de atos governamentais ou alterações sociais consideráveis e imprevistas, quando esta revisão seja demandada pela interessada e se conforme aos limites impostos pela lei” (FONSECA, 1958, p. 207).

¹⁰¹ Abordando os fatos ocorridos após a primeira guerra mundial e seu respectivo contexto sobre a execução de contratos, sobretudo a Lei Failliot da França, afirma que: “A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos” (GOMES, 2002, p. 37).

¹⁰² Transcrevem-se os dois primeiros artigos desta lei, na tradução livre realizada por Nelson Borges (1999, p. 85-86): “art. 1º. No período de duração da guerra até a expiração de um prazo de três meses, a partir da cessação das hostilidades, as disposições excepcionais seguintes serão aplicadas aos contratos e a todos os compromissos e obrigações que tenham caráter mercantil para as partes ou unicamente para uma delas, para todos os contratos concluídos antes de 1º de agosto de 1914, e que determinavam, seja a entrega de mercadorias ou de bens, ou de serviços, seja de quaisquer prestações sucessivas ou unicamente diferenciadas. Art. 2º. Independentemente das causas de resolução resultante de direito comum ou das convenções, as mercadorias ou obrigações que estejam compreendidas no artigo precedente podem ser rescindidas pela ação de qualquer das partes, seja porque se estabeleceu uma razão de estado de guerra seja porque a execução da obrigação por um dos contratantes está tão onerada que lhe causará um prejuízo cuja importância ultrapassará, em muito, as previsões que poderiam ser razoavelmente feitas à época do contrato”.

estatal sobre os contratos, manifestando o dirigismo para o fim de “autorizar a resolução, por qualquer das partes, dos contratos concluídos antes de 1º de agosto de 1914” (BORGES, 1999, p. 83). No entanto, em que pese o mérito de tal lei quanto ao reconhecimento da superveniência da guerra como fato relevante à economia contratual, forneceu como solução apenas a resolução do contrato, assim como nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, e não de forma a submeter o contrato a um exame de revisão, conservando-se o vínculo originário, a cooperação dos contratantes na manutenção do negócio e a realização do escopo.

Nosso vigente Código Civil, admitiu expressamente a teoria da imprevisão, que se encontra regulamentada entre os arts. 478 e 480, possibilitando a revisão contratual, o que será objeto de análise posterior. Entretanto, antes de seguirmos a este rumo, cumpre traçar as distinções entre as hipóteses de caso fortuito e força maior com a onerosidade excessiva decorrente de fatos supervenientes, fundamento da Teoria da Imprevisão.

3.1.1 DISTINÇÃO ENTRE ONEROSIDADE EXCESSIVA E IMPOSSIBILIDADE

Da estrutura dos contratos, dentre outros requisitos, necessário que a prestação seja possível, que o seu respectivo cumprimento não esbarre em nenhuma hipótese de impossibilidade. Quanto à impossibilidade a doutrina a subdivide em duas espécies, a material¹⁰³, também chamada de física¹⁰⁴ ou natural¹⁰⁵, e a jurídica¹⁰⁶.

A ausência de objeto possível no momento da contratação implica na invalidade desta (artigo 104, inciso II, do Código Civil), entretanto, o artigo 106, ressalta que não será considerado inválido o negócio jurídico se a impossibilidade inicial “for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado”.

¹⁰³ “Há duas espécies de **impossibilidade**: a material e a jurídica. *Impossibilidade material* é aquela que traduz a insuscetibilidade de consecução da prestação pretendida”. (PEREIRA, 1998, p. 16).

¹⁰⁴ “A impossibilidade da prestação pode ser física ou jurídica” (GONÇALVES, 2001, p. 5).

¹⁰⁵ “A **impossibilidade** pode ser natural ou jurídica” (LOBO, 1999, p. 17).

¹⁰⁶ “É *jurídica* a impossibilidade quando [...] esbarra em obstáculo levantado pela própria norma” (PEREIRA, 1998, p. 16).

Assim, na esteira do supracitado artigo 106, podem, por exemplo, os contratantes dispor sobre prestação e objeto desta mesmo que contemporaneamente impossível por ser inexistente o objeto, embora com a expectativa de que seja ou se torne possível¹⁰⁷.

Ocorre que, a prestação pode se tornar impossível devido a ocorrência de caso fortuito ou de força maior¹⁰⁸, hipótese na qual o devedor não responderá pelos prejuízos resultantes do não cumprimento da obrigação, conforme artigo 393 e parágrafo único do Código Civil.

Desta forma, temos a impossibilidade de executar, pela simples inexistência do objeto da prestação, por exemplo, e inexecução involuntária, na qual a impossibilidade decorre de caso fortuito ou de força maior, como a edição de uma lei que proíba o objeto da contratação, evento este irresistível e inevitável às partes, tornando impossível a realização da prestação.

Orlando Gomes ressalta que:

“A *inexecução involuntária* caracteriza-se pela *impossibilidade superveniente* de ser cumprida a obrigação básica que incumbe a um dos contratantes. Essa *impossibilidade* deve provir de *caso fortuito* ou de *força maior*, que se verifica no fato necessário, cujos efeitos o devedor não podia evitar, ou impedir. Há de ser, portanto, *impossibilidade objetiva*” (GOMES, 2002, p. 178).

Cumprido ressaltar que na impossibilidade subjetiva (que diz respeito à esfera individual do devedor da obrigação) a inexecução não pode ser considerada como involuntária, acrescentando, ainda, que se for parcial a impossibilidade a resolução não é imperativa, pois pode o credor ainda ter interesse na execução do contrato. Ademais, ressalta que em sendo temporária a impossibilidade, prudente é a suspensão do contrato, uma vez que, em princípio, não se justifica a resolução,

¹⁰⁷ “Não se deve confundir impossibilidade do objeto com a falta de atualidade de sua existência” (PEREIRA, 1998, p. 16).

¹⁰⁸ Quanto à distinção entre caso fortuito e força maior, é antigo o posicionamento doutrinário no sentido de que tal empreitada deva ser realizada, uma vez que a legislação as equipara, senão vejamos: “Na realidade, porém, em nosso direito positivo, não havendo base segura para qualquer distinção entre *caso fortuito* e *força maior*, nem mesmo em face da legislação especial trabalhista, e estando generalizado o uso das duas expressões como sinônimas, preferimos aceitar também essa equivalência, tanto mais quanto os variados e contraditórios critérios diferenciais propostos aconselham ainda, do ponto de vista prático, a orientação que adotamos” (FONSECA, 1958, p. 129); “Pelas disposições constantes no Código Civil, a conclusão é a de que a polêmica quanto ao levantamento e determinação de características diferenciais entre caso fortuito ou de força maior é meramente acadêmica” (BORGES, 1999, p. 118).

“salvo se persiste por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor” (GOMES, 2002, p. 178).

No plano da simples impossibilidade de executar, desde que as partes não tenham contribuído para a ocorrência de tal situação, tem-se que a validade do contrato não se efetivou, portanto, não podendo gerar seus efeitos quanto ao conteúdo que seja impossível. No plano da inexecução involuntária, ou seja, da impossibilidade, material ou jurídica, decorrente de caso fortuito ou força maior, a validade do contrato encontra-se satisfeita, entretanto, o devedor será isentado de responsabilidade em face do necessário evento superveniente¹⁰⁹, inevitável¹¹⁰ e irresistível¹¹¹, que impediu a prestação de ser realizada, tornando-a impossível, desde que não tenha contribuído para o evento¹¹². Ressalte-se que esta impossibilidade não atinge a figura específica do devedor, mas, de modo objetivo, a qualquer devedor que na mesma situação estivesse.

Nelson Borges (1999, p. 120-131) analisou as semelhanças e as diferenças entre o caso fortuito ou força maior e a Teoria da Imprevisão, destacando entre àquelas que a imprevisibilidade é existente entre ambos, embora seja absoluta na Teoria da Imprevisão, pois o próprio fundamento da doutrina deriva da imprevisão, e relativa para o caso fortuito ou força maior, isto porque, neste instituto, em sendo previsível a ocorrência do acontecimento, o devedor deveria envidar esforços para que este não se consumasse, de modo a afastar a impossibilidade do cumprimento da prestação.

Prosseguindo, o autor (BORGES, 1999, p.120-122) também identificou como semelhanças a desobrigação do devedor, a característica de ambos serem fatos jurídicos, o momento em que surgem, ou seja, posterior à celebração do contrato, e a forma de execução do contrato, vale dizer, de execução diferida. Quanto à desobrigação do devedor, destacou que diante do caso fortuito ou de força maior ao

¹⁰⁹ “É preciso que o evento seja precedente à execução do contrato, gerando causa impeditiva de seu cumprimento” (BORGES, 1999, p. 118).

¹¹⁰ “O evento deverá ser inevitável, equivale dizer, impossível de obstar sua atuação, quer se trate de forças da natureza ou humana” (BORGES, 1999, p. 118).

¹¹¹ “É indispensável que fique patente não ser oponível – ou oposta, se revele ineficaz – qualquer forma de energia, empenho, ou força humana ao fato que se abate sobre o pacto, para sua classificação como irresistível” (BORGES, 1999, p. 118).

¹¹² “É fundamental que a autoria do evento considerado como de caso fortuito ou de força maior não possa ser atribuído àquele que pretenda ser contemplado pelo benefício legal” (BORGES, 1999, p. 117).

devedor “é suficiente não estar em mora, ser inimputável quanto à ocorrência de um dos eventos criadores dos obstáculos impeditivos do adimplemento contratual (ausência de culpa) e inexistir renúncia expressa” (BORGES, 1999, p. 120), ao passo que diante da Teoria da Imprevisão, “a desoneração do devedor da obrigação só se dará diante da impossibilidade de revisão, por ser cabível apenas a extinção, desde que não a tenha provocado” (BORGES, 1999, p. 120).

Diante da constatação de que entre eles existem mais diferenças do que semelhanças (BORGES, 1999, p. 119), o Autor arremata à proposta que pretende “justificar a aplicação da Teoria da Imprevisão com fundamento em uma espécie moderada de caso fortuito resulta de equivocada interpretação da natureza dos institutos e da própria gênese dos fenômenos em discussão” (BORGES, 1999, p. 122), concluindo que o “caso fortuito ou de força maior têm seu alicerce fixado em situação de cumprimento impossível, conseqüente à inevitabilidade e irresistibilidade e a imprevisibilidade, apenas na de adimplemento extremamente difícil” (BORGES, 1999, p. 123), sendo esta característica da possibilidade de cumprimento a essencial diferença entre eles.

Entre as diferenças, muito mais volumosas do que as semelhanças, conforme já anotado, estabeleceu Nelson Borges doze distinções (1999, p. 125-129), das quais, além das já mencionadas (diferenças entre as semelhanças), destacam-se: a ocorrência de lesão concreta no caso fortuito ou de força maior, ensejando apenas a desoneração do devedor e a lesão virtual na Teoria da Imprevisão, ainda não consumada, a qual se buscará evitar através da revisão contratual, ou, na impossibilidade de adequação do contrato, sua resolução (BORGES, 1999, p. 126); no caso fortuito ou força maior, o evento atinge o contrato de forma indireta e diretamente o devedor, ao passo que na Teoria da Imprevisão, primeiramente o evento atinge o contrato “e, em especial, sua base negocial e, por via reflexa, indiretamente o devedor da obrigação” (BORGES, 1999, p. 127); no caso fortuito ou força maior a prestação conserva sua característica inicial ao passo que à Teoria da Imprevisão a prestação resta descaracterizada, diante do desequilíbrio que gera a onerosidade excessiva (BORGES, 1999, p. 128); “a característica básica do caso fortuito ou de força maior está entre o possível e o impossível; a da Teoria da Imprevisão entre o normal e o anormal” (BORGES, 1999, p. 128); a desobrigação contratual pode ser renunciada no caso fortuito ou força maior (artigo 393, *caput*, do

Código Civil), sendo que na Teoria da Imprevisão é vedada a renúncia ao direito de revisão ou resolução (BORGES, 1999, p. 129).

A esta última diferença apontada, quanto à renúncia, Nelson Borges a fundamenta com dois argumentos, quais sejam: “como princípio de ordem pública, de interesse coletivo deve o Estado tutelar e suprimir o desconhecimento da parte que, inadvertidamente, tenha contratado contra seus próprios direitos e interesses” (BORGES, 1999, p. 129); e “porque não se pode renunciar aquilo que se desconhesse (*voluntas non extenditur ad incognitum*)” (BORGES, 1999, p. 131).

Endossando as palavras de Arnaldo Medeiros da Fonseca, é de concluir que a “*imprevisão e caso fortuito* são [...] noções distintas, com fundamentos e efeitos diversos” (FONSECA, 1958, p. 246), sendo que aquela está ligada à onerosidade excessiva e o caso fortuito à impossibilidade de realização da prestação, não devendo ser equiparados, como advertiu Orlando Gomes (2002, p. 39):

“se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em conseqüência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva **não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação**, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante conseqüência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior”

Sublinhada a distinção essencial entre caso fortuito ou força maior e a onerosidade excessiva, a primeira tendo por base a impossibilidade e a segunda sendo base para a aplicação a revisão contratual por fatos supervenientes, passa-se a examinar o desenvolvimento doutrinário que buscou estabelecer bases jurídicas de aceitação desta revisão.

3.1.2 TEORIAS VINCULADAS AO PARADIGMA DA VONTADE (SUBJETIVAS)

A exposição que seguirá tem por objetivo elucidar os primeiros rompimentos doutrinários à moderna estrutura dogmática dos contratos, relativizando o princípio da obrigatoriedade e possibilitando o emprego excepcional da revisão contratual, quando não, da resolução do contrato.

Em que pese a indiscutível relevância e grandiosidade dos autores cujas doutrinas aqui serão analisadas, cumpre destacar a situação destas no tempo, ou

seja, manifestaram-se em época na qual o paradigma científico ainda era o da consciência, materializado na vontade individual. O contrato era assim, a ciência que se produzia era assim, portanto, fundadas na vontade, um elemento subjetivo.

Neste sentido, “assim como Windscheid, a maioria dos juristas que o sucedeu e que se dedicou à modificação contratual, em razão de circunstâncias supervenientes, formulou construções carregadas de voluntarismo” (BARLETTA (2002, p. 10).

A este respeito, Clóvis V. do Couto e Silva, constata que “a explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade – mesmo quanto inexistente – é sobrevivência da ciência do Direito do século XIX, e pertence à categoria das concepções já relegadas ao museu do pensamento” (SILVA, 1976, p.34).

Primeiramente, cumpre situar a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*¹¹³, que compreendia a cláusula como tacitamente incluída nos contratos, por sua vez, na vontade manifestada. Esta vontade contratual inquestionavelmente se realizaria de acordo com o contexto no qual se concluía o contrato, presumindo que o seu cumprimento se operasse enquanto perdurassem tais condições. Assim, sempre que, “em razão de acontecimentos imprevisíveis, a obrigação assumida se tornasse excessivamente onerosa, estaria o devedor liberado do seu cumprimento, como resultado da resolução contratual” (BORGES, 1999, p. 135).

Esta formulação de aplicação da cláusula pautou-se apenas sobre o devedor, de forma a liberá-lo de sua obrigação quando em situação de onerosidade excessiva ocorrida pela alteração daquele contexto em que ocorreu a formação do contrato, equiparando-se a solução aos casos de inexecução involuntária (BORGES, 1999, p. 136). Como observou BORGES (1999, p. 137):

“a teoria acabou por desprezar, sumariamente, os pressupostos indispensáveis à admissão do princípio tais como a própria imprevisibilidade, a extensão da lesão virtual, a desmedida vantagem de uma das partes, a inimputabilidade pelo evento alterador das circunstâncias”.

E prossegue, afirmando que “seu grande equívoco foi o de analisar apenas os efeitos e não as causas do acontecimento imprevisível, como faz a moderna Teoria da Imprevisão” (BORGES, 1999, p. 138).

¹¹³ Nelson Borges atribui a Bártolo de Sossoferato o pioneirismo na teorização da aplicação da cláusula (BORGES, 1999, p. 135).

Quanto à doutrina da cláusula tácita *rebus sic stantibus*, afirma FONSECA (1958, p. 208) que tal doutrina é “absolutamente artificial, que nada explica e por isso mesmo inteiramente abandonada”.

Bernard Windscheid¹¹⁴, notório jurista alemão, partindo também da análise da própria vontade para justificar a resolução contratual em virtude dos efeitos decorrentes de acontecimentos posteriores à formação do contrato, elaborou a teoria da pressuposição, segundo a qual a vontade manifestada tem por base um conjunto de pressuposições, sobre as quais se pretende produzir efeitos jurídicos, pelo que, estar-se-ia frente a uma vontade condicionada (BORGES, 1999, p.139).

Assim, se diante da alteração anormal daquele conjunto de pressuposições sobre o qual houve a manifestação de vontade fosse verificada a iminência de prejuízo e o possível benefício da outra parte, certamente aquela manifestação de vontade não estaria representando uma vontade verdadeira¹¹⁵, pois sua base, tomada sobre pressuposições, havia se tornada falsa, conferindo-se àquele que se encontrava em desvantagem a resolução do contrato.

A vontade estava considerada em dois momentos, no primeiro, condicionada à permanência ou realização do contexto pressuposto, e no segundo, de verificação daquela vontade manifestada quando da execução da obrigação, sendo que, se não fosse possível confirmar aquela primeira vontade inicialmente expressada com base em pressuposições, haveria justificativa à resolução do contrato, ou seja, a pressuposição atuaria como limitação da vontade.

Saliente-se que a pressuposição não estaria ligada à mera intenção do contratante, ou seja, a motivação, a causa, que o levou a contratar e produzir os efeitos em sua esfera patrimonial. A pressuposição era tomada pelo querer contratar, consentir com a contratação, contudo, sob determinadas condições, qual seja, a permanência ou ocorrência do conjunto fático pressuposto. (BORGES, 1999, p. 140).

¹¹⁴ Em referência à cláusula *rebus sic stantibus* assevera SILVA (1976, p.129) “Windscheid lhe deu vigoroso impulso e nova formulação através da teoria da pressuposição, de condição não totalmente desenvolvida”.

¹¹⁵ “Há que salientar ainda que a formulação de Windscheid tem matiz doutrinária voluntarista, pois a teoria da pressuposição baseia-se, fundamentadamente, no querer do contratante no momento da formação do contrato, considerando até sua vontade mais recôndita, aquela que nem é manifestada, mas que se faz cognoscível” (BARLETTA, 2002, p. 10)

Conforme registrou BORGES (1999, p. 140), acerca de Windscheid, “em seu entender, a pressuposição de futuro, seria a base da Teoria da Imprevisão, uma vez que alicerçaria a manutenção das condições do contrato, desde seu nascimento até a execução”, e continuou afirmando que, no entender do jurista alemão, “se a pressuposição constasse expressamente da declaração de vontade, legítima seria sua invocação”.

Conversando com a teoria da pressuposição de Windscheid¹¹⁶, FONSECA (1958, p. 210) sintetiza o ponto de vista de tal autor afirmando que a pressuposição “agiria assim como autolimitação da vontade, dando vida a uma *conditio* e a uma *exceptio*. E poderia referir-se tanto a uma circunstância futura, como presente ou passada, tanto o fato positivo como negativo”, e, em seguida, critica esta no sentido de que “é muito mais lata que a da cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual somente a mudança futura e imprevista daquele estado de coisas, que teria sido a base de fato do contrato, seria atendível”.

Em suma, “a cláusula romana tem sua operacionalidade depois de ocorrido o fato modificador da base contratual; a pressuposição windscheidiana integra a vontade contratual, no seu instante vinculativo, determinando um instante distinto” (BORGES, 1999, p. 143), entretanto, tal formulação recebeu críticas, sobretudo, quanto ao evidente aspecto subjetivo e a sua abrangência (BORGES, 1999, p. 144), embora tenha sido ponto de partida para formulações de outros juristas, como o austríaco PISKO que buscou construí-la sobre bases objetivas, distinguindo pressuposição subjetiva de pressuposição típica, sendo esta última de caráter genérico¹¹⁷.

Ainda no campo da vontade¹¹⁸, o jurista italiano Giuseppe Osti, autoridade sobre o tema^{119 120}, formulou a sua teoria, sobre a qual assim se manifestou Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p. 211):

¹¹⁶ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. Italiana, vol. I, §§ 97 e 100.

¹¹⁷ “Na doutrina de Windscheid, a pressuposição nasce da representação individual surgida no raciocínio das partes; na pressuposição típica, de Pisko, de uma situação de fato, comum a todos os que se encontrem nas mesmas circunstâncias” (BORGES, 1999, p. 145).

¹¹⁸ “Giuseppe Osti também elaborou sua teoria de cunho voluntarista” (BARLETTA, 2002, p. 10).

¹¹⁹ “Giuseppe Osti, em magistral estudo que publicou sobre o assunto, foi quem primeiro propôs a segunda denominação para a teoria, cujo fundamento e cujas consequências procurou fixar, conquanto reconhecesse que o significado da palavra *superveniência*, na linguagem vulgar, não

“A *teoria de superveniência* de OSTI, que se inclui nesse número, começa distinguindo o *ato de vontade da determinação de vontade*. No conteúdo voluntário de uma promessa de execução futura, haveria assim o concurso de um *ato de vontade*, consistente na declaração dela constante, ato volitivo perfeito, e de uma *determinação de vontade*, dependente ainda da atuação posterior mediante subseqüente ação voluntária do agente, no momento da execução”

E prossegue FONSECA (1958, p. 212):

“Passa depois a estudar o conteúdo real da vontade, *em estado de determinação na promessa da execução futura*, a que chama de *vontade marginal*. Para o ilustre jurista italiano, o conteúdo da *vontade marginal* na promessa unilateral é constituído pela representação antecipada que se faça o estipulante da atividade que deverá desenvolver a dos sacrifícios que terá de fazer para cumprir a prestação. Para isso concorrem duas ordens de representações: de um lado, as dificuldades objetivas, gerais, que poderão surgir, com abstração da pessoa do próprio agente, decorrentes das circunstâncias de tempo e lugar, tendo em vista a natureza intrínseca da própria prestação; de outro lado, os reflexos particulares de tais dificuldades sobre a economia individual do promitente. O estipulante supõe que sua atividade se desenvolva nas condições *objetivas e subjetivas* representadas, o que constitui a *entidade econômica da prestação* em relação a ele”

Assim, através deste desdobramento da vontade, presente (ato da vontade) e futura (determinação da vontade, vontade marginal), se houvesse, na execução do contrato, alteração anormal da base na qual contrataram as partes, o devedor poderia alegar que tal mudança foi contrária àquele ato de vontade inicialmente manifestado¹²¹, então, liberando-se do cumprimento. (BORGES, 1999, p. 147).

Nelson Borges (1999, p. 147), acerca de Osti, afirma que depois de algum tempo, este autor “reformulou sua teoria da Vontade Marginal e a rebatizou, passando a chamá-la de *Soppravvenienza*, cuja identificação exigia a ocorrência de eventos imprevisíveis e supervenientes à celebração do contrato”¹²², e concluiu:

tinha uma compreensão correspondente à que lhe era própria, no sentido técnico, muito mais restrito, do que ali estava” (FONSECA, 1999, p. 19).

¹²⁰ “Não só por sua relevância como fonte de estudos, mas também por elementar dever de justiça: quem quer que disponha a estudar as origens e a evolução da cláusula *rebus sic stantibus* deverá passar, inevitavelmente, pelo caminho aberto e iluminado por Giuseppe Osti” (BORGES, 1999, p. 58).

¹²¹ “Se essa vontade inicial, que visa a um resultado concreto, frustra-se por superveniência de novas circunstâncias, a própria razão jurídica exige que seja eliminado o dever da vontade de se cumprir a obrigação” (BARLETTA, 2002, p. 11).

¹²² FONSECA (1958, p. 213), em leitura de OSTI (*Riv. Di Diritto Civile*, vol. 5, págs. 683 a 691) afirmou que “desses princípios deduz então vários critério gerais para aplicação concreta do seu

“na concepção formulada pelo jurista italiano, a vontade marginal seria considerada parte integrante do acordo somente quando tivesse por base a representação de um efeito concreto, ligado ao aspecto objetivo da prestação, percebido pela outra parte” (BORGES, 1999, p. 148)

Entretanto, a postergação da verificação da validade da vontade a um momento posterior, ou seja, na execução, possibilitando a resolução contratual na hipótese em que não se verificasse a correspondência entre o ato de vontade e a vontade marginal, seria reviver o momento da celebração do contrato, que já se encontrava exaurido (BORGES, 1999, p. 150), aprontando Nelson Borges (1999, p. 150) que “sob este ponto de vista não há maneira de aceitar a doutrina de Osti como fundamento para se determinar a natureza jurídica da Teoria da Imprevisão”.

É nítido nas doutrinas mencionadas que tomam como ponto de partida a própria estrutura contratual sem buscar elementos exteriores, entretanto, como o elemento central do contrato no ultrapassado paradigma era a vontade, foi a partir desta que conceberam suas teorias¹²³, diferindo os efeitos da vontade no tempo e limitando-a quando circunstâncias ocorressem de modo a esvaziar o conteúdo da vontade.

Neste plano ligado à vontade, Eros Belin de Moura Cordeiro (2005, p. 125-126) situa a Teoria da Imprevisão¹²⁴ e a da onerosidade excessiva¹²⁵, afirmando que

conceito de superveniência, acentuando: que esta deve ser *imprevisível* para ambos os contratantes, podendo também consistir num evento *atual desconhecido* e cuja verificação não fosse possível prever; que a mesma tanto pode resultar da verificação de um fato imprevisto, como da não-ocorrência de um evento normalmente esperado; que a imprevisibilidade deve ser apreciada tendo em consideração o momento em que a prestação deve ser cumprida; e que a superveniência não deve ser determinada por ações ou omissões culposas do obrigado, somente podendo invocá-la o contratante a quem prejudica”.

¹²³ Sobre as teorias que propuseram fundamentações à revisão do contrato por fatos supervenientes, BARLETTA (2002, p. 18) assinala que “têm em comum o fato de estarem presas a matizes voluntaristas quando se preocupam de sobremaneira com as intenções ou manifestações psicológicas das partes no momento do ajuste”.

¹²⁴ “[...] A teoria da imprevisão, nos diversos aspectos que possa assumir, implica a manutenção da vontade inicial dos contratantes, não se importando efetivamente com os interesses concretos instrumentalizados pela relação contratual” (CORDEIRO, 2005, p. 230).

¹²⁵ “A teoria da onerosidade excessiva parte das mesmas premissas (imprevisibilidade, extraordinariedade e excessiva onerosidade), alterando apenas a consequência jurídica: não permite a revisão, mas tão-somente a resolução dos contratos” (CORDEIRO, 2005, p. 136), entretanto, ressalva o autor que, “em que pese a determinação legal pela não revisão, a doutrina italiana (em razão de sua adoção pelo *Codice Civile*) inclinou-se pela revisão contratual, embora ainda colocada à luz de eventos não previstos pelos contratantes” (CORDEIRO, 2005, p. 136). Ainda que o autor atribua a característica de subjetiva à teoria da onerosidade excessiva, retirando a imprevisibilidade contida no Código Civil italiano, é de se entender a onerosidade

entre estas e a teoria da base negocial existe uma diferença fundamental, qual seja, “as duas primeiras apresentam-se como teorias ainda ligadas ao voluntarismo, conferindo significativa importância à vontade e à intenção dos contratantes, justificando que:

“Os pressupostos demonstram com evidência o caráter voluntarista da teoria: imprevisibilidade e extraordinariedade. Apenas fatos que fogem da alçada da vontade das partes poderiam fundamentar a revisão contratual. O que se preserva, então, é o contrato calcado na vontade das partes, aquilo que as partes previram inicialmente, o consenso inicial” (CORDEIRO, 2005, p. 135).

Assim, aponta duas complicações quanto à preservação do elemento volitivo, “a autonomia da vontade como fundamento principal do contrato e as dificuldades que uma interpretação essencialmente subjetiva acarretam” (CORDEIRO, 2005, p. 135). Quanto à segunda dificuldade afirma que consiste na dificuldade de “determinação do que consiste a previsibilidade, ou seja, a identificação de hipóteses que não seriam passíveis de previsão pelos contratantes” (CORDEIRO, 2005, p. 136), com o que se concorda, pois o juízo de previsibilidade parte da condição de cada sujeito, da singularidade de sua esfera sensível do que possui probabilidade de ocorrer ou não.

Dentre outros autores que também partiram de elemento subjetivo, podemos citar Paul Krückman com a Reserva Virtual¹²⁶, Achile Giovenne¹²⁷ com a Teoria do Erro¹²⁸ e Cardeal Francesco Mantica¹²⁹ com a lesão superveniente¹³⁰, sendo

excessiva como critério objetivo para aplicação da revisão contratual, visto que a substância do que é demasiado oneroso é atingida da própria comparação com a economia contratual primitiva.

¹²⁶ “Não se afastou da Teoria da Pressuposição, de Windscheid. Procurou antes, ampliá-la ao considerar suficiente o simples conhecimento da pressuposição, insuficiente para Windscheid” (BORGES, 1999, p. 161)

¹²⁷ GIOVENNE, Achile. *Sul fondamento specifico de l'instituto della sopravvenienza*. Pádua: In: Rivista di Diritto Commerciale, n. 1, 1912.

¹²⁸ “Existiriam sempre duas vontades: a declarada pela parte, nascida de uma falsa representação mental e a verdadeira, não expressa em razão do desconhecimento das circunstâncias reais. Assim, frustrada a representação objetiva, conseqüente à anormal alteração da base negocial, provocada por evento imprevisível, constatada a falta de correspondência entre a realidade e o que foi imaginado pela parte, na concepção de Giovenne identificado estaria o erro, condição liberatória para anulação do pacto por vício do consentimento” (BORGES, 1999, p. 164); “Distingue assim o ato de vontade da determinação de vontade, pretendendo que haja entre esta e as representações psíquicas que o promitente se faça das vantagens ou desvantagens da prestação ou da contraprestação uma relação de causa e efeito”, “Para ele, no caso de verificar-se a divergência entre o suposto e a realidade, falhando as representações objetivas que serviram de base à determinação da vontade, em virtude da superveniência imprevista, haverá

desnecessário o esgotamento destas teorias subjetivistas, pois a conclusão final será a de que não comportam hoje, em face do atual paradigma da boa-fé objetiva, a aplicação que pretendiam, pelo que, passa-se a análise das teorias que pretenderam partir de elementos objetivos, sobretudo a base do negócio.

3.1.3 TEORIA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO: PRETENSÃO DE FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA

Paul Oertmann¹³¹ criticou a base subjetiva e unilateral proposta por Windscheid, apresentando:

“em substituição, um fato do conhecimento das partes, certo e determinado, a que chamou de base do negócio, alicerce sobre o qual os contratantes estabelecem os efeitos da contratação, sem considerá-lo como condição, em decorrência de sua certeza de cumprimento no instante diferido na execução” (BORGES, 1999, p. 151).

A diferença básica entre a teoria da pressuposição, de Windscheid, e a teoria da base do negócio jurídico, de Oertmann, é que nesta há relação direta com o negócio como um todo, ao passo que aquela parte de uma declaração independente (BORGES, 1999, p. 151). Em suma, assim expressou BORGES (1999, p. 151):

“Quando uma das partes formula uma representação mental, no instante da conclusão de um pacto, do inteiro conhecimento e aceitação da outra, representação essa que traz a aparência de determinadas circunstâncias nas quais a vontade negocial se assenta, definida estará o que Oertmann chamou de base negocial, como fundamento para resolução contratual, diante de sua anormal alteração”

erro, que permite a anulação do ato jurídico, por se tratar de consentimento viciado” (FONSECA, 1958, p. 219).

¹²⁹ MANTICA, Cardeal Francesco. *Lucubrationes de Tacitis et Anbiguis Conventionibus*. Geneve: lib. II, tit. 84, IV, I, 1661.

¹³⁰ “A idéia se apoiou no alargamento do conceito de lesão, estendendo-se também àquela que surgisse posteriormente, em decorrência de uma alteração anormal da base contratual. Constatada a desproporção entre a prestação e a contraprestação, identificada estaria a lesão superveniente” (BORGES, 1999, p. 225).

¹³¹ OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1922. Traducción de la 3. edición alemana por SANCHES SERAL, Luiz, catedrático de la Universidade de Zaragoza, 1922.

Quanto à noção de base do negócio¹³², asseverou BORGES (1999, p. 152) que, no entender de Oertmann, “seria a idéia que levaria alguém a contratar. Seria a soma dos componentes psicológicos da contratação, que deveria ser do pleno conhecimento da outra parte”. Karl Larenz afirma que, em Oertmann, há de se entender como base do negócio:

"La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial" (OERTMANN, *et. al* , p.37. *apud* LARENZ, *et. al.*, 1956, p. 7).

Tal doutrina também sofreu críticas, destacando-se aquela dirigida à sua amplitude¹³³, tendo em vista que seria suficiente o reconhecimento por uma das partes acerca de circunstâncias básicas tomadas como importantes, sem que fossem refutadas¹³⁴, para que ocorresse a desoneração obrigacional, quando da não verificação do cumprimento destas circunstâncias (BORGES, 1999, p. 155), por outro lado, também possui limitações, tendo em vista que “*se ocupa de lo que las partes se han representado, no de lo que es necesario objetivamente para la consecución de la finalidad contractual común a ambas*” (LARENZ, 1956, p. 20). Verifica-se, portanto, que a proposta de Oertmann possui cunho voluntarista (CORDEIRO, 2005, p. 125-126).

¹³² “Por base do negócio entendem-se as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de serem estas representações encaradas por ambas as partes como base do acordo contratual (*Geschäftsgrundlage*), incluindo-se, assim, em princípio, entre elas, v. g., a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação, considerada tacitamente querida; a permanência aproximada do preço convencionado, etc.” (FONSECA, 1958, p. 215); “A Base do Negócio (*Geschäftsgrundlage*) seria, então, o reconhecimento da existência de circunstâncias essenciais, presentes por ocasião da conclusão do contrato, aceitas pelas partes como circundantes do acordo contratual. Entre elas estaria a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação” (BORGES, 1999, p. 152).

¹³³ “La teoría de Oertmann es muy amplia. Si se aplica íntegramente, debe admitirse la desaparición de la base del negocio en numerosos casos en los cuales no se ha logrado el propósito de utilización del cliente, que el fabricante o proveedor nunca hizo suyo, aunque le fuera comunicado. Cada parte, sin embargo, debe soportar el riesgo de la frustración de su particular propósito subjetivo; la fórmula de Oertmann no responde a este reparto del riesgo exigido por motivos de seguridad contractual” (LARENZ, 1956, p. 20).

¹³⁴ “Exigía Oertmann que la otra parte no sólo hubiese podido conocer esta representación (en su significado para la decisión de la parte contraria), sino que la hubiese conocido y, al menos tácitamente, la hubiese admitido.” (LARENZ, 1956, p. 22).

Eugen Locher, formulou a teoria do fim negocial¹³⁵, pela qual compreendia a integração do fim desejado por um dos contratantes, conhecido e aceito pelo outro, ao conteúdo do contrato como um fim negocial (BORGES, 1999, p. 157), sendo que na hipótese de alteração da possibilidade de obtenção do fim pretendido pelas partes por circunstâncias supervenientes e desconhecidas dos contratantes, o contrato se extinguiria, (BORGES, 1999, p. 157), entretanto, cumpre salientar, como notou Nelson Borges (1999, p. 158), que “poderá ocorrer que o fim negocial – por ele defendido – seja atingido sem ter sido afetado pela anormal alteração das circunstâncias em que as partes fundaram sua decisão de contratar e uma delas venha a ter um lucro injustificado”.

Karl Larenz¹³⁶, por sua vez, reconheceu a existência da base objetiva¹³⁷ e subjetiva¹³⁸ do negócio jurídico, compreendendo na base subjetiva as:

“circunstâncias, a despeito de sua condição temporal (presentes, passadas ou futuras) que os contratantes tiveram como motivação ao se vincularem contratualmente, existentes no momento daquele ato. A principal diferença em relação à base objetiva estaria nos fatores pressupostos pelas partes

¹³⁵ “Eugen Locher estruturou sua teoria com apoio nos pontos principais da base negocial de Oertmann, nela introduzindo algumas correções. Não aceitou a concepção oertmanniana na íntegra por considerar de natureza psicológica as relações entre vontade real do agente e a representação das circunstâncias que servem de base à celebração do pacto. Sugeriu que elas fossem tomadas como um juízo lógico, relacionado à necessidade objetiva de determinadas situações, com vistas a um fim pretendido pelo negócio, donde chamar sua teoria de Fim Negocial. Para ele, conseqüentemente, só poderia ser caracterizado como base do negócio o complexo de circunstâncias sem cuja existência, perduração ou evento, o efeito colimado – em razão do seu conteúdo – não pudesse ser atingido. [...] Por outras palavras: o fim que se tivesse em vista só seria relevante se pudesse ser considerado como o fim do negócio, aceito pela outra parte, de forma a se poder dizer que houve uma convenção de fim”. (BORGES, 1999, p. 156).

¹³⁶ “Como é sabido, Larenz (*Derecho de obligaciones*, cit. v. 1, p. 314 e s. e *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, trad., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.) distingue dois sentidos em que pode ser utilizada a expressão ‘base negocial’, um subjetivo e o outro objetivo. A *base negocial subjetiva* é constituída pelas representações ou expectativas que as partes tinham, no momento do perfazimento do contrato, dos fatores por elas considerados essenciais para a sua decisão – e que, portanto, acreditavam que deveriam permanecer no futuro. A *base negocial objetiva* corresponde ao conjunto de fatores cuja perduração, no futuro, é essencial para o próprio fim do negócio ainda que as partes não tivessem pensado neles” (NORONHA, 1994, p. 238).

¹³⁷ “Entendemos por ‘base do negócio objetiva’ as circunstâncias e estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos contratantes, como regulação dotada de sentido”. (LARENZ, 1956, p. 170, tradução livre).

¹³⁸ “Entendemos por base do negócio subjetiva aquela comum representação mental dos contratantes por meio da qual ambos se deixaram guiar ao fixar o conteúdo do contrato” (LARENZ, 1956, p. 41, tradução livre).

sem consciência, isto é, sem ter atingido o plano das representações mentais” (BORGES, 1999, p. 159).

Assim:

“concluiu que a base do negócio poderia ser utilizada em dois sentidos: a base subjetiva traduziria a representação pelas partes, no fecho do contrato; a objetiva corresponderia ao conjunto de circunstâncias cuja existência ou manutenção, com ou sem consciência das partes, seriam necessárias para a salvaguarda do mais amplo sentido contratual e alcance de fim pretendido” (BORGES, 1999, p. 159).

Desta forma, arremata Karl Larenz que:

“se falta ou desaparece a base subjetiva do negócio, o contrato ou a disposição contratual respectiva é, por regra geral (por exemplo, nos casos de inexata base de cálculo, de inexistente base da transação e de que não se realiza um determinado acontecimento), ineficaz” (LARENZ, 1956, p. 224, tradução livre)¹³⁹.

Esta formulação foi acatada pelo Código Civil Português¹⁴⁰, comentando Antunes Varela e Pires de Lima (1987, p. 236) que “como casos típicos do *erro* sobre a *base negocial* podem citar-se ainda o do aluguel da janela para assistir um cotejo, que imprevistamente não se realiza ou não passa no local previsto” e arremata que “são os casos deste tipo que integram a figura da base negocial *subjectiva*, em contraposição à base negocial *objetiva*, prevista no artigo 437.^o”.

No que diz respeito à base objetiva do negócio, ou seja, o conjunto de circunstâncias cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato atinja sua finalidade, o escopo econômico e social pretendido pelos contratantes (LARENZ, 1956, p. 225), considera-se desaparecida quando se destrói a relação de equivalência entre prestação e contraprestação e quando “a comum finalidade objetiva do contrato, expressada em seu conteúdo, haja

¹³⁹ “A base subjetiva do negócio subjetiva entra, como afirmado, no campo dos motivos e deve ser concebida juridicamente dentro da teoria do erro nos motivos e dos vícios da vontade” (LARENZ, 1956, p. 38, tradução livre). Como destaca BARLETTA (2002, p. 14), “os casos que entraram principalmente em consideração são os de erro recíproco sobre a base de cálculo aceita por ambas as partes, de erro sobre a base da transação”.

¹⁴⁰ Código Civil Português. Artigo 252^o (Erro sobre os motivos): “1. O erro que recaia nos motivos determinantes da vontade, mas se não refira à pessoa do declaratório nem ao objetivo do negócio, só é causa de anulação se as partes houverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo. 2. Se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído”.

resultado definitivamente inalcançável, mesmo quando a prestação do devedor ainda seja possível” (LARENZ, 1956, p. 225, tradução livre)¹⁴¹.

Em face da desapareição da base objetiva acarretando a destruição do equilíbrio entre as prestações dos contratantes, poderá aquele prejudicado resolver o contrato “*en tanto que la otra parte no consienta un adecuado aumento de la contraprestación*” (LARENZ, 1956, p. 225), e, diante da impossibilidade de alcance da finalidade pretendida pelo negócio, ou seja, a pretensão mútua dos contratantes¹⁴², o destinatário da prestação que “*resultó inútil puede rechazar-la y negarse a realizar su contraprestación en tanto que sobrepase los gastos que la otra parte há realizado para la preparación y ejecución del contrato*” (LARENZ, 1956, p. 226). Veja-se que a idéia aqui presente, quanto à concepção de atos preparatórios para a realização da finalidade comum é compreensível à luz do contrato considerado como processo.

Além disso, não devem ser tomadas em conta as circunstâncias que “sejam pessoais ou estejam na esfera de influência da parte prejudicada (nestes casos opera como limite a força maior)”, bem como as que “repercutiram no contrato tão e somente porque a parte prejudicada se encontrava, quando da produção das circunstâncias, em mora *solvendí* ou *accipiendí*”, e, de modo relevante, que tais circunstâncias não fossem previsíveis, pois “sendo previsíveis, formam parte do risco assumido no contrato” (LARENZ, 1956, p. 226, tradução livre), portanto, a imprevisibilidade¹⁴³ é elemento que deve qualificar as circunstâncias supervenientes.

¹⁴¹ “A teoria da base do negócio jurídico, tal como está formulada, abrange dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. Sob o aspecto subjetivo, de expectativa ou previsão comum de ambas as partes [...]. No sentido de base objetiva do negócio, isto é, de que o negócio jurídico, segundo o conceito imanente da justiça comutativa, supõe a coexistência de uma série de circunstâncias econômicas, sem as quais ele se descaracterizaria, sem dúvida alguma, vige e é utilizável em nosso direito. Nesse sentido, escreve Siebert, desaparece a base do negócio jurídico, quando a relação de equiponderância entre prestação e contra-prestação se deteriora em tão grande medida, que de modo compreensível não se pode mais falar de ‘contra-prestação’” (SILVA, 1976, p. 135).

¹⁴² “A impossibilidade de alcançar a finalidade só afeta a subsistência do contrato quando se trate não da finalidade da uma só parte, mas da finalidade comum e, neste sentido, finalidade objetiva do contrato” (LARENZ, 1956, p. 165-166, tradução livre), sendo que por finalidade objetiva do contrato, entende Karl Larenz (1956, p. 170, tradução livre) que “é a finalidade de uma parte se a outra haja feito sua. Isto há de se admitir especialmente quando tal finalidade se deduzida da natureza do contrato e quando determina o conteúdo da prestação ou a quantia da contraprestação”.

¹⁴³ “É desnecessário dizer que a desapareição da base do negócio objetiva não se pode ter em conta quando o acontecimento que a produziu era previsível, já que neste caso as partes poderiam ter tomado medidas e, a falta das mesmas, deve ser considerada um risco assumido pela parte afetada” (LARENZ, 1956, p. 169, tradução livre).

Assim, conforme BARLETTA (2002, p. 17) “ainda é uma teoria que só vislumbra a não-subsistência do contrato tal como avençado, se as circunstâncias posteriores à contratação e causadoras da excessiva onerosidade forem imprevisíveis”, assim, “percebe-se, portanto, que não há um completo distanciamento da voluntariedade das partes, característica comum em todas as teorias ditas objetivas [...]” (CORDEIRO, 2005, p. 146), pois, conforme já sublinhado, a imprevisibilidade atrai a subjetividade para sua determinação.

Clóvis V. do Couto e Silva, quanto às teorias que pretenderam fundamentar a revisão contratual por fatos supervenientes, afirma que “nenhuma mereceu maior atenção do que a de K. Larenz. À matéria dedicou um livro que logo se tornou citação obrigatória para todos os que versam o tema: ‘Base do Negócio Jurídico e Adimplemento Contratual’” (SILVA, 1976, p. 130).

A proposta de Larenz parte da análise existencial do negócio, considerando a base objetiva aquilo que é ínsito à natureza da contratação e o alcance do efeito econômico e social pretendido pelas partes, corroborando aquilo que se analisou dentro da concepção do contrato como processo com determinação pela boa-fé no sentido de que às partes contratantes incumbem atos e deveres objetivando a realização da finalidade contratual, entendida esta como o escopo comum desejado.

“Fica claro que a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico de Larenz possui elementos mais objetivos que as outras teorias já analisadas”, no entanto, “ela só justifica a reformulação do pacto se foram previstas as transformações que vierem a onerá-lo. Trata-se, pois, de mais uma variação da teoria da imprevisão” (BARLETTA, 2002, p. 17). Nelson Borges (1999, p. 160) afirma que:

“Conforme críticas feitas pelos diversos juristas, o grande equívoco de Larenz – o que não desmerece sua posição irretocável de jurista consagrado – foi o de pretender assentar a imprevisibilidade em fatores objetivos e subjetivos que, a rigor, acabam por criar um círculo vicioso. Sua tentativa de fundir o que de melhor havia nas teorias então apresentadas conduziu-o à conclusão da existência de uma representação mental de pressupostos, conjugado com os motivos da contratação, fundamento que não foi aceito por sua alta dose subjetivista”.

Entretanto, é a base objetiva que interessa à revisão contratual, e, na verdade, embora tenha o jurista alemão tenha partido das teorias voluntaristas¹⁴⁴, não fundiu as teorias, pelo contrário distinguiu a base em subjetiva e objetiva justamente para delimitar a atuação de cada uma delas em face de fatos supervenientes, tanto que atribuiu efeitos diversos a uma e a outra, a subjetiva no campo dos vícios de formação pela não concretização das circunstâncias nas quais as partes se basearam e a objetiva na revisão contratual em virtude da alteração das circunstâncias. Além disso, a finalidade contratual não se trata de “motivos da contratação”, mas sim do próprio fundamento existencial da contratação, não para um ou outro contratante individualmente, mas aquele resultado esperado e pretendido por ambos, a razão pela qual se associaram em cooperação, e que, através da boa-fé objetiva, devem atuar para atingir.

Dentre outros autores¹⁴⁵ que se afastaram do voluntarismo para fundamentar a revisão contratual, cita-se Julien Bonnecase com a exata noção do direito¹⁴⁶, Wendt e Naquet, com a boa-fé¹⁴⁷, Louveau com o solidarismo¹⁴⁸, Emílio Betti¹⁴⁹ com a cooperação social¹⁵⁰, Giorgio Giorge¹⁵¹ e Otto Lennel com o equilíbrio das prestações¹⁵².

¹⁴⁴ “A teoria de Larenz foi a última que usou de argumentos presentes na doutrina clássica para regular a alteração de circunstâncias, já que ‘a sua ligação perene à teoria da vontade, clara em Windscheid, perceptível e assumida em Oertmann e presente, embora de modo tênue, nos críticos da base negocial oertmanniana e em Larenz, dificultava a sua integração dogmática e paralisava a sua aplicação prática” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1051, *apud* BARLETTA *et. al.*, 2002, p. 19).

¹⁴⁵ “Durante os últimos quatro séculos (desde o XVI), mais de uma centena de doutrinas surgiram na Alemanha e Itália – países que maior preocupação demonstraram com o tema – buscando determinar sua natureza jurídica” (BORGES, 1999, p. 593).

¹⁴⁶ “Entendia ser suficiente a exata noção de Direito, em seu mais amplo e profundo sentido”. (BORGES, 1999, p. 173).

¹⁴⁷ Referindo-se a Wendt e Naquet: “entenderam aqueles juristas que agiria de má-fé o credor que, mesmo em face da superveniência de condições transformadoras da economia contratual, determinantes do surgimento da lesão virtual, exigisse do devedor o cumprimento integral do que fora avençado” (BORGES, 1999, p. 187).

¹⁴⁸ “A acentuada solidariedade social por ele mencionada – também detectada por Badenes Gasset e Carvalho Fernandes, na doutrina da Socialização do Direito – no seu entender seria razão mais do que suficiente para justificar a desoneração parcial do devedor por via da revisão do pacto, ou sua extinção quando impossível sua adequação ao novo estado de fato que a alteração anormal tivesse feito nascer” BORGES, 1999, p. 214).

¹⁴⁹ BETTI, Emílio, *Teoria Generale delle Obligationi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, v. I, 1953.

¹⁵⁰ “Na visão de Betti, a base jurídica da excessiva onerosidade não deveria ser buscada nem na ‘vontade marginal’ (Osti), nem na ‘base do negócio’ (Oertmann) e muito menos no elemento

Considerou BARLETTA (2002, p. 19) que o conjunto das teorias expressam um processo de evolução partindo da subjetividade à objetividade, o qual se apresenta mais “condizente com a dogmática contratual tecida pela contemporaneidade”. CORDEIRO (2005, p. 141) reconhece que a teoria da base negocial objetiva em Karl Larenz, representou “a abertura inicial da revisão contratual à superação dos limites subjetivos herdados da teoria contratual tradicional”.

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA REVISÃO CONTRATUAL POR FATOS SUPERVENIENTES NO DIREITO CIVIL

O vigente Código Civil inovou em relação ao Código Civil de 1916¹⁵³ pois regulamentou a possibilidade de revisão contratual, ou sua resolução, em virtude de fatos supervenientes, o que está disciplinado nos artigos 317¹⁵⁴, 478, 479 e 480, os quais serão objeto da análise da presente seção.

causal do negócio, mas na exigência de conservação e valoração da prestação estabelecida que, com base na equidade, corresponderia à cooperação entre credor e devedor, quanto à divisão dos riscos que excedessem a álea normal da contratação, isto é, emergentes no plano extracontratual” (BORGES, 1999, p. 218).

¹⁵¹ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*. 6. Ed., Firenze: Casa Editrice Librari Frateli Commelli, 1904.

¹⁵² “Um dos primeiros dentre os grandes defensores da justiça comutativa foi sem dúvida São Tomás de Aquino (*Summa Theologica Cura Fratrum Ordinis Preedecatorum*). Giorgi e Lenel, inspirados nos ensinamentos do grande filósofo católico, em nome dos princípios da equidade e da justiça, entenderam que em toda convenção deveria haver sempre o equilíbrio das prestações e que, diante do desequilíbrio, justificada estaria a aplicação da Teoria da Imprevisão para reajustar ou extinguir os pactos” (BORGES, 1999, p. 230).

¹⁵³ Embora haja atualmente a regulação legal da revisão por onerosidade excessiva, esta ainda demonstra imperfeições, conforme reconhece LISBOA (2006, p. 485): “o que representa um avanço em comparação com a legislação de 1916 (que sequer contemplava a figura), porém um retrocesso em comparação com a orientação jurisprudencial e doutrinária mais recente, assim como com o art. 6.º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor (que adota a objetivação da teoria da onerosidade excessiva)”.

¹⁵⁴ “O art. 317 autoriza o juiz a ‘corrigir’ o valor da prestação devida, se este vier a sofrer manifesta redução ou aumento em virtude de fatores imprevisíveis ao tempo da constituição da relação obrigacional. Embora o dispositivo tenha por inspiração original uma autorização legal para que o Poder Judiciário proceda à correção monetária de prestações que se tenham desvalorizado, especialmente diante da inflação, sua redação ampla permite aplicação mais nobre e útil, como instrumento de revisão judicial dos contratos” [...] “A norma se inspira na idéia que já era amplamente aplicada pelos tribunais brasileiros, sob o nome de *teoria da imprevisão*.” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 218).

Primeiramente, cumpre asseverar que embora a seção que reúne estes artigos tenha como título “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”, não se deve admitir que a regra geral, em se tratando da superveniência de fatos que incidem sobre o equilíbrio contratual, é a resolução, pois, conforme já delineado, é preciso preservar o vínculo obrigacional, empregar esforços para mantê-lo, ainda que com sua modificação, a fim de adequar seus termos à situação desequilibrada causada por fatos supervenientes, o que ocorre por meio da revisão¹⁵⁵. Esta não é contrária ao princípio da obrigatoriedade do adimplemento contratual, mas pelo contrário, objetiva afastar efeitos injustos e decorrentes da ‘força obrigatória’ pela ocorrência de eventos supervenientes, buscando-se adequar o contrato justamente para preservar o equilíbrio contratual que integrou a base negocial, existente quando da formação do contrato.

O artigo 479 do Código Civil atribui ao réu (quem deve receber a prestação) a iniciativa para seja possível a modificação do contrato de modo equitativo (“a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”), ou seja, buscando o equilíbrio inicialmente estipulado ou pretendido pelos contratantes. Por outro lado, o artigo 478 apenas trata da resolução do contrato, ao passo que o artigo 480 (nas hipóteses em que as obrigações couberem a apenas um dos contratantes), confere àquele que deve cumprir a prestação a faculdade de pleitear a sua redução ao invés da resolução, ou “alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Assim, a disciplina positiva contida no Código Civil possui como regra geral a resolução contratual, sendo que, pelo contrário, a doutrina aponta a adequação das prestações para solucionar a onerosidade excessiva¹⁵⁶, e isto, objetivando preservar a própria estrutura e finalidade contratual pela qual as partes se vincularam, afirmando, portanto, a conservação da observância do contrato, exercida nos limites da boa-fé objetiva, com respeito à autonomia privada e à segurança jurídica.

¹⁵⁵ “A resolução não se apresenta como a solução mais adequada. A revisão contratual, ao contrário, objetiva preservar o vínculo contratual, que, por vezes, necessita apenas de alguns ajustes para se manter e realizar as expectativas objetivas dos contratantes” (BARLETTA, 2002, p. 152); “[...] em nome do princípio da conservação dos contratos, é preciso buscar em primeiro lugar a conservação do contrato e não a sua resolução” (CORDEIRO, 2005, p. 238).

¹⁵⁶ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2008, p. 218-219), compreendem que há no regime do Código Civil duas soluções em face do desequilíbrio das prestações, uma é a resolução, expressada nos artigos. 478 a 480 e a revisão contratual prevista no artigo 317, em que pese a hipótese do art. 317 ser mais restrita à correção monetária do valor nominal da prestação.

Somente na hipótese de não ser possível a obtenção da revisão contratual por resultar frustrada a tentativa, ou mesmo pela sua impossibilidade, decorrente da supressão da base negocial, é que se operaria a resolução contratual¹⁵⁷.

Clóvis. V. do Couto e Silva expressou que “a teoria do limite de sacrifício não a exila ou afasta do campo da Ciência do Direito, mas também não lhe pode dar uma extensão ao ponto de tornar a relação jurídica algo meramente formal” (SILVA, 1976, p. 131), ou seja, é preciso se ter em conta a importância do contrato como instituto de segurança jurídica, devendo, mesmo na hipótese de latente necessidade de revisão contratual ou resolução, primar pela sua conservação¹⁵⁸. Aliás, na proposta de Eros Belin de Moura Cordeiro:

“Redimensiona-se, assim, o papel desempenhado pela revisão contratual por dois caminhos (que não se excluem, ao contrário, complementam-se entre si): a consolidação da revisão como instrumento de efetivação *direta* dos princípios constitucionais, redesenhando o contrato à luz da tábua axiológica constitucional, e a viabilização da revisão por intermédio da hermenêutica construtiva de dispositivos codificados que possibilitem a preservação do contrato, aplicando indiretamente a principiologia constitucional” (CORDEIRO, 2005, p. 213).

Roberto Senise Lisboa (2006, p. 484-485), em comentário ao artigo 478 do Código Civil que trata da resolução por onerosidade excessiva, assevera:

“em que pese o presente dispositivo se preocupar com a resolução como forma de extinção do contrato, subsiste o *princípio da conservação do negócio jurídico*, somente cabendo a ocorrência da terminação do negócio jurídico por inexecução das obrigações quando se afigurar impossível o restabelecimento do equilíbrio contratual”, em outras palavras, “continua vigorando o princípio da conservação do negócio jurídico sempre que se demonstrar possível o reequilíbrio da relação contratual”.

Além disso, pelo que se destacou anteriormente à luz da boa-fé objetiva, mesmo em face da superveniência de fatos que abalem o equilíbrio contratual, devem as partes se manter íntegras no propósito de atingir o escopo econômico e

¹⁵⁷ “O remédio resolutório, então, destina-se apenas para a hipótese em que a manutenção do contrato seria ainda mais prejudicial para as partes do que a sua extinção” (CORDEIRO, 2005, p. 238).

¹⁵⁸ “Em vez de *rescisão de contrato*, atribui-se ao juiz o poder de intervir na economia do contrato para reajustar, em bases razoáveis, as prestações recíprocas” (GOMES, 2002, p. 180); “Em face da regra da conservação dos contratos, deve o juiz rever o contrato, integrando o pacto, de modo que este venha a ser implementado, em novas bases, após o reequilíbrio das prestações” (ALMEIDA, 2006, p. 166); GLITZ (2008, p. 46-47) faz uma análise sobre alguns dispositivos do vigente Código Civil “que podem ser considerados, por exemplo, como aceitação implícita do princípio da conservação do contrato: art. 144; art. 157, §2º; art. 170; art. 317; art. 479 e art. 480”.

social, empregando esforços que estejam ao respectivo alcance para tanto. Observam Pires de Lima e Antunes Varela (1987, p. 414), após a Primeira Guerra Mundial, “uma acentuada tendência para admitir o princípio oposto da resolução”, ou seja, a manutenção do contrato através da revisão, ainda que com as devidas cautelas “salvaguardando o justo equilíbrio que deve presidir à relação contratual entre as partes, se não comprometerem nem a finalidade específica de cada negócio, nem o interesse geral da segurança das transações”.

Desta forma, o posicionamento doutrinário demonstra-se mais correto que a literal disciplina contida nos arts. 478 à 480 do Código Civil, pois pretende preservar o contrato com sua adequação, procurando reequilibrar as prestações de acordo com a proporção inicialmente existente, pelo que, recomendável a aplicação de tais dispositivos legais com observância dos critérios e propósitos doutrinários, remetendo à proposta de Eros Belin de Moura Cordeiro quanto à observância e concretização dos princípios constitucionais¹⁵⁹.

Ressalte-se, também, que quando a redação do artigo 478 expressa o termo “onerosidade excessiva” da prestação se denota a inclinação pelas teorias de cunho objetivo, notadamente as fundamentadas na base do negócio jurídico, ao passo que, quando se refere a acontecimentos imprevisíveis, carregando então certa subjetividade, é revelada a inclinação pela Teoria da Imprevisão, aceitando-a, visto o elemento essencial que enseja a revisão contratual, pelo que, possível se afirmar a existência de um sistema complexo, devendo-se investigar a imprevisibilidade dos acontecimentos que influenciaram na onerosidade excessiva¹⁶⁰. Conforme assinala Roberto Senise Lisboa (2006, p. 484-485):

“Na teoria da imprevisão, torna-se necessária a existência de um fator externo ou exógeno que modifique a relação comutativa originária do contrato, o que não pode ter sido objeto de previsão das partes, por ocasião da conclusão do ajuste. Tais pressupostos são irrelevantes para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva que é objetiva e incide independentemente da prova da existência de um fator externo e da

¹⁵⁹ “[...] visando à efetividade e concretização de um contrato mais humano, solidário e equitativo, que se devem interpretar as causas de revisão dos contratos. Desse modo, é preciso ler os dispositivos codificados sob o enfoque das cláusulas gerais aplicadas segundo a ótica constitucional” (CORDEIRO, 2005, p. 210-211).

¹⁶⁰ “Muito embora a seção tenha por nomenclatura ‘da resolução por onerosidade excessiva’, a redação confusa do art. 478 contempla tanto a teoria da imprevisão como a onerosidade excessiva, cujos pressupostos para a revisão judicial do contrato são diferentes” (LISBOA, 2006, p. 484).

imprevisibilidade, pelas partes, dos acontecimentos modificativos do equilíbrio contratual. Na onerosidade excessiva, destarte, basta o desequilíbrio da comutatividade contratual superveniente, a autorizar a revisão judicial”.

Passa-se, então, à investigação dos requisitos legais e daqueles apontados pela doutrina, os quais “devem ser lidos à luz da legalidade constitucional, ou seja, de modo objetivo (considerando-se os elementos concretos da relação contratual, tendo como norte o sinalagma contratual)”, o que é possível com a incidência da boa-fé objetiva e com a especialidade de cada relação obrigacional materialmente considerada, “e no atendimento da justiça contratual (preservando o equilíbrio econômico e evitando que um contratante sofra um gravame de tal monta que frustrate a sua expectativa no contrato)” (CORDEIRO, 2005, p. 240).

3.2.1 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA REVISÃO CONTRATUAL

3.2.1.1 CAMPO OPERACIONAL. CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA

A revisão, portanto, tem como campo operacional os contratos de execução diferida¹⁶¹ ou continuada, ou seja, aqueles que se protraem no tempo, com termo de cumprimento não coincidente com o momento da contratação, não se aplicando aos contratos de execução imediata ou instantânea¹⁶², uma vez que a

¹⁶¹ Entre as espécies do gênero diferido, Nelson Borges (1999, p. 290-295) estabeleceu serem quatro: execução diferida propriamente dita, execução continuada (ou sucessiva), execução periódica e execução a termo. A primeira extraiu de forma residual, sendo aquela cuja execução que deva ser concretizada em data futura, porém sem necessidade de satisfação de condições, bem como não sejam continuadas nem periódicas. A segunda se trata de obrigação que deve ser cumprida “semanalmente, mensalmente, sempre de forma sucessiva” sem que se ocorra a extinção da obrigação, tal como os contratos de locação em que o término dos compromissos sucessivos se encerrará com o fim da locação. A terceira é aquela na qual as partes convencionam uma periodicidade para o cumprimento da prestação, na forma ou valores de acordo com os seus interesses, sem que o cumprimento parcial esgote a prestação. A quarta espécie, diz respeito aquela execução que fica condicionada a um evento futuro, porém certo, podendo ser um termo inicial (condição suspensiva) ou final (condição resolutiva), de cujas incoerências, respectivamente, ter-se-á que a prestação ainda não se venceu ou que ainda não se encontra satisfeita; “Aliado a esses pressupostos essenciais colocam-se outros deles derivados: o contrato deve ser de execução diferida ou tradutor de obrigações duradouras (a teoria busca resolver a problemática da alteração das circunstâncias, ou seja, fatos posteriores à contratação que alteram a realidade subjacente ao contrato, desequilibrando-o)” (CORDEIRO, 2005, p. 135).

¹⁶² “A rescisão por onerosidade excessiva cabe unicamente nos *contratos comutativos*. Nos aleatórios, obviamente não se justifica. Não todos os contratos comutativos, mas tão-somente os

contemporaneidade do momento da celebração e da execução não comporta lapso temporal suficiente para que ocorram eventos imprevisíveis hábeis de tornar excessivo o ônus do devedor, foi neste sentido que o artigo 478 do Código Civil delimitou sua aplicação aos “contratos de execução continuada ou diferida”. Neste sentido, Enzo Roppo (1988, p. 260):

“O primeiro e óbvio pressuposto para que ela possa operar é que se trate de *contratos chamados de duração*, nos quais a completa execução do contrato não se siga imediatamente à sua conclusão, sendo da mesma separada por um intervalo de tempo: e, portanto, de *contratos de execução continuada ou periódica* (como um contrato de trabalho, ou uma locação, ou uma empreitada, ou um fornecimento) ou então de *contratos com execução diferida* (como uma venda de coisas genéricas, em que a individualização e a entrega são postergadas para um momento posterior, ou um transporte estabelecido para o mês subsequente ao da estipulação). A razão é clara: os dois momentos devem ser cronologicamente distanciados, porque o remédio da resolução por excessiva onerosidade tutela, em certos limites, a originária economia do contrato que seja perturbada por circunstâncias surgidas *após a sua conclusão*, mas *antes da sua execução*”

Importa salientar que a resolução ou revisão decorrente do evento imprevisível que acarretou o desequilíbrio contratual não se aplica apenas aos contratos comutativos, ou seja, nos quais ambas as partes devem realizar prestações, mas também, nos termos do artigo 480 do Código Civil, naqueles contratos em que o cumprimento da prestação caiba apenas a um dos contratantes.

Assim, delimitado o campo de incidência da Teoria da Imprevisão, ou seja, nos contratos de execução diferida, passamos ao próximo requisito de aplicabilidade da doutrina que é a imprevisão, requisito este que de tão importante contribuiu relevantemente para a denominação da teoria da imprevisão (GOMES, 2002, p. 38).

3.2.1.2 EXTRAORDINARIEDADE, IMPREVISIBILIDADE E RISCOS DO PRÓPRIO NEGÓCIO

de *execução continuada ou periódica – contractus que habent trato sucessivum et dependentiam de futuro* – e os de *execução única, mas diferida*. É irrelevante a qualidade das prestações” (GOMES, 2002, p. 180); “Tais perturbações da equivalência, ou a superveniente destruição da relação de equivalência, só podem acontecer em contratos que perdurem no tempo (*contratos duradouros*)” (NORONHA, 1994, p. 239); “as obrigações instantâneas, que se realizam num só momento, não tem tempo para resultar excessivamente onerosas por motivos supervenientes” (BARLETTA, 2002, p. 140).

“A excessiva onerosidade superveniente deve depender de *acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*” (ROPPO, 1988, p. 261), concorrentemente¹⁶³, ou seja, não basta que o acontecimento seja extraordinário, deve também ser imprevisível às partes, exigindo-se:

“que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias” (GOMES, 2002, p. 38).

Sendo assim, os autores não divergem em firmar que “nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisito” (PEREIRA, 1998, p. 101), sendo justamente quanto ao requisito da imprevisibilidade que se atribui críticas à Teoria da Imprevisão, uma vez que a definição do que realmente pode ser considerado como imprevisível nem sempre é tarefa simples¹⁶⁴, sendo determinável na relação concreta dos contratantes. Fernando Noronha assim expressou:

“Entre nós, é de uso recorrer-se à chamada *teoria da imprevisão* para justificar o reequilíbrio do contrato, ou a resolução deste, em todos os casos de superveniente destruição da relação de equivalência, e em especial naqueles que caem no âmbito da resolução por onerosidade excessiva. A teoria da imprevisão tem, porém, um inconveniente, que é a sua base subjetiva - insistindo nas *expectativas* alimentadas pelas partes sobre a permanência ou sobre certa evolução futura de circunstâncias que elas tinham como essenciais e que seriam afetadas pela superveniência de acontecimentos imprevisitos e imprevisíveis. Todavia, dizer o que é imprevisível é muito relativo; exagerando um pouco, pode-se dizer que tudo é previsível” (NORONHA, 1994, p. 243).

Esta base subjetiva, mencionada por Fernando Noronha, é formada pela expectativa de permanência ou evolução futura de circunstâncias tomadas como essenciais, sentido no qual se encaixam a teoria da pressuposição de Windscheid,

¹⁶³ “Requer-se o concurso de *extraordinariedade* e da *imprevisibilidade*” (GOMES, 2002, p. 180).

¹⁶⁴ Eros Belin de Moura Cordeiro (2005, p. 233) em referência à AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2ª. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004, expressou que este: “aponta que ‘a imprevisibilidade deve acompanhar a idéia de probabilidade’. Portanto, ‘não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que um fato, com seus elementos, atuará eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o contrato’.

da superveniência de Osti, e da própria base do negócio jurídico formulada por Oertmann, as quais, de um modo geral, foram criticadas por diferirem no tempo a confirmação da vontade inicialmente manifestada no contexto da celebração do contrato à execução deste.

O Código Civil Português, ao disciplinar a revisão contratual¹⁶⁵, ou a resolução, por alteração das circunstâncias, não estabeleceu como necessária a imprevisibilidade, mas que “haja alteração anormal das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar. É preciso que estas circunstâncias se tenham modificado” (LIMA; VARELA, 1987, p. 413).

A primeira vista, a caracterização da anormalidade ou da imprevisibilidade parece compartilhar da mesma dificuldade, pois aquilo que é normal é previsível, e aquilo que é anormal é imprevisível justamente por fugir à normalidade¹⁶⁶. Entretanto, o conceito de normalidade concentra mais proximidade com aquilo que é concreto, com o cotidiano, com os costumes e as práticas usuais, ao passo que a previsibilidade decorre de um juízo subjetivo, de uma constatação alcançada pela experiência, assim, fala-se *imprevisível ao contratante, imprevisível as partes*, salientando-se que a previsibilidade se trata de uma projeção subjetiva do contexto contemporâneo, trata-se de uma projeção de futuro com base no presente.

Assim sendo, o critério da anormalidade não parte daquilo que os contratantes entendem por normalidade, mas daquilo que sente a sociedade na qual se inserem, pelo que, parece mais acertada a redação portuguesa no que diz respeito a esta alteração das circunstâncias, pois não é de se investigar necessariamente a causa, mas o seu efeito sobre as circunstâncias. O percurso da revisão não partirá, para o direito português, das circunstâncias anormais que

¹⁶⁵ A matéria está regulada entre os artigos 437 e 439, nos seguintes termos: “Art. 437. 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a Resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato aos termos do número anterior. Art. 438. A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou. Art. 439. Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior.”

¹⁶⁶ “A lei não exige, ao contrário do Código italiano, que a alteração seja imprevisível, mas o requisito da anormalidade conduzirá praticamente quase aos mesmos resultados” (LIMA; VARELA, 1987, p. 413).

alteraram o equilíbrio contratual, mas da própria alteração anormal das circunstâncias, ou seja, se a variação ocorrida é normal ou não¹⁶⁷.

A Teoria da Imprevisão, além de um evento imprevisível, necessita que este evento seja apto a caracterizar uma mudança no equilíbrio contratual. Não se trata de qualquer contexto que não se podia ter previsto quando da contratação, pois o evento imprevisível é tão e somente o elemento extracontratual que produz efeitos na esfera contratual, desequilibrando o contrato. Possível, portanto, se inferir que à disciplina do Código Civil Português não importa a causa da alteração (evento imprevisível no Código Civil Brasileiro), mas a própria constatação de que houve alteração (podendo ser até previsível), desde que seja anormal.

Partindo da mesma análise anterior quanto ao requisito da anormalidade do direito português, podemos considerar como normal aquilo que é o ordinário, e anormal aquilo que é extraordinário, entretanto, cumpre ponderar que ao direito português não se exige a anormalidade do evento que altere as circunstâncias, uma vez que parte da própria constatação de que as circunstâncias sofreram alteração anormal.

Quanto à fixação do que venha a ser imprevisível, tal dificuldade é igualmente encontrada na proposta teórica da base negocial sobre a qual Fernando Noronha demonstra inclinação¹⁶⁸, uma vez que a identificação da superveniente alteração das circunstâncias indispensáveis à economia do negócio também necessita de certa imprevisibilidade, assim como concluiu Karl Larenz (1956, p. 226, tradução livre) ao afirmar que “Não há de se levar em consideração as transformações das circunstâncias que: [...] sendo previsíveis, formam parte do risco assumido no contrato”, ou seja, interessam aquelas que se revestem da imprevisão.

Em referência à Luís Albero de Carvalho Fernandes¹⁶⁹, Nelson Borges explica que para este autor “os parâmetros de aferição da imprevisibilidade são

¹⁶⁷ Segundo Pires de Lima e Antunes Varela (1987, p. 413), “uma das circunstâncias relevantes pode ser a modificação do valor da moeda”.

¹⁶⁸ “Parece ter melhor acento científico a *teoria da base negocial*, que enfatiza a própria alteração das circunstâncias indispensáveis à economia do negócio. O pormenor será, porém, irrelevante para efeitos práticos, desde que se tenha presente que não é de teorias que se extraem soluções antes, são aquelas que têm de se adequar a estas, como hoje é reconhecido por todos, dentro dos quadros das chamadas jurisprudências dos interesses e dos valores”. (NORONHA, 1994, p. 244).

¹⁶⁹ CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto de. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Coimbra. In: Boletim do Ministério da Justiça nº 128, 1963, p. 127-128.

extraídos do conjunto de fatores que disciplinam a própria previsibilidade”, exemplificando então que poderia ser “guerra com países fronteiriços ou não, conflito interno armado, proibição de importação de componentes básicos para uma indústria, retirada abrupta de certo produto do mercado” (BORGES, 1999, p. 302).

Por fim, destaca-se a possibilidade de que, mesmo ocorrendo fatos supervenientes extraordinários e imprevisíveis, implicando em desequilíbrio na base do negócio, este desequilíbrio deve ter relevância e intensidade necessárias para qualificá-lo como não integrante da álea normal da contratação¹⁷⁰, como pequenas variações inflacionárias, desvio rodoviário que implique em tênue ampliação do percurso, bem como que tais desequilíbrios não integrem a natureza do contrato como nos contratos aleatórios em que as partes assumem o risco pela ocorrência ou não de certas circunstâncias que indicarão qual prestação devem realizar¹⁷¹.

3.2.1.3 ONEROSIDADE EXCESSIVA

A onerosidade excessiva deve ser entendida como a prestação desproporcional em relação à contraprestação, da qual não se possa extrair a idéia de equilíbrio de modo a tornar o cumprimento extremamente difícil, inclusive, com possibilidade de que sua realização possa levar o devedor à ruína. Segundo Orlando Gomes (2002, p. 39) “a modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente”.

“A onerosidade excessiva da prestação é apenas obstáculo ao cumprimento da obrigação. Não se trata, portanto, de inexecução por impossibilidade, mas de extrema dificuldade” (GOMES, 2002, p. 179), convindo destacar que a determinação do que está aquém ou além da dificuldade extrema deverá ser operada no caso

¹⁷⁰ “Por ‘álea normal’ deve entender-se o risco previsto, que o contratante deve suportar, ou, se não previsto explicitamente no contrato, de ocorrência presumida em face da peculiaridade da prestação ou do contrato” (ALMEIDA, 2006, p.169); “O fato desequilibrador das prestações contratuais não pode estar na álea normal do contrato (requisito inerente à onerosidade excessiva, mensurada à luz das obrigações e riscos presentes no contrato)” (CORDEIRO, 2005, p. 135).

¹⁷¹ O Código Civil português compreende que para a revisão contratual em decorrência da alteração das circunstâncias que formaram a base negocial, é necessário que os prejuízos que se advenham da exigência da obrigação afetem “gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Pires de Lima e Antunes Varela (1987, p. 413) apreciam que os negócios de natureza aleatória são exemplo de contratos que encobriam estes riscos.

concreto, sendo “inevitável o arbítrio judicial, dado que não há critério objetivo para definir os casos de onerosidade excessiva” (GOMES, 2002, p. 180).

Desta forma, a boa-fé objetiva, aliada a referências de justiça contratual, de equivalência das prestações e de conservação da base do negócio, deverá ser operada em sua função interpretativa e integradora para delinear qual o ponto de equilíbrio na relação contratual e identificar em que termos ou em quais partes a onerosidade está se revelando excessiva na fase contratual sobre a qual incidiram os fatos supervenientes, tendo como ponto de partida o equilíbrio existente quando dos atos constitutivos do contrato.

Debruçando-se sobre o tema e investigando as conseqüências causadas pela imprevisibilidade, assim expôs Arnaldo Medeiros da Fonseca:

“Todavia, quando a superveniência imprevista e imprevisível, alterando profundamente o ambiente objetivo anterior, além de acarretar o sacrifício extremo do devedor, constitui para o credor uma fonte de enriquecimento inesperado, será conforme aos ditames da justiça manter a obrigatoriedade integral do contrato? Não se verificará, assim, um enriquecimento injusto, por ser para o credor decorrente do acaso, enquanto para o devedor é causa de ruína? Porque é necessário reconhecer: não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento; mas a superveniência imprevista. E se é legítimo assegurar coativamente a execução de um direito convencionado, constituirá talvez uma suprema injustiça permitir que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas, à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante” (FONSECA, 1958, p. 243).

São válidas as ponderações de Arnaldo Medeiros da Fonseca, pois se verificada situação na qual o devedor deva realizar um esforço absurdamente maior que aquele constante ao momento da contratação, relevando-se as ínfimas alterações ínsitas ao próprio negócio ou ao contexto de sua formação, por exemplo, gerados por acentuado acréscimo ou elevação extraordinária de impostos sobre um determinado produto que deva entregar o devedor ao credor¹⁷², sem que possa repassar a este com o acréscimo devido, quando então estaria a suportar sozinho o ônus da operação, além daquela carga inicialmente prevista, ínsita ao negócio e

¹⁷² Veja-se o exemplo de Karl Larenz: “Não se pode ter em conta quando a frustração da finalidade ou a destruição da relação de equivalência ocorreu unicamente porque a parte afetada se encontrava em *mora solvendi* ou *accipiendi*, já que desta circunstância não se pode derivar prejuízo algum à outra parte” (LARENZ, 1956, p. 169, tradução livre), exemplifica o autor alemão com o caso em que “o vendedor de aguardente, cujos impostos se elevam inesperadamente, em mora a respeito de entrega que deveria ter se realizado antes do dia em que o imposto entrou em vigor. É evidente que, nestes casos, aquele cuja finalidade foi frustrada ou em cujo prejuízo se destruiu a relação de equivalência há de ter atribuído este prejuízo a sua própria conduta e, conseqüentemente, deve suportá-lo” (LARENZ, 1956, p. 169, tradução livre).

considerado no equilíbrio inicial. Portanto, suportaria aquele custo que lhe era imprevisível e que se revelou de forma que o cumprimento lhe acarretará prejuízos, pois entregará o produto por preço inferior ao que realmente custa. Ou seja, embora o cumprimento ainda seja possível e realizável, tornou-se demasiado custoso ao devedor que não obterá o resultado esperado no negócio.

Entretanto, da constatação de Arnaldo Medeiros da Fonseca no sentido de que aponta na necessidade da ocorrência de um contraponto à onerosidade excessiva, ou seja, uma vantagem inesperada ao credor, constituindo um enriquecimento ilícito, é critério que, embora adotado pelo regime do Código Civil, se revela muito restritivo, pois, mesmo que seja constatada a onerosidade excessiva a um contratante, se não restar demonstrada a extrema vantagem ao outro, não fará jus à revisão contratual e, portanto, suportará a onerosidade, em outras palavras, reconhece-se que a relação contratual se tornou injusta, entretanto, que deve continuar a produzir seus efeitos.

3.2.1.4 CONCOMITÂNCIA DA EXTREMA VANTAGEM

Conforme supra mencionado, outro requisito à aplicação da revisão contratual constante ao regime do Código Civil é a concomitância^{173 174}, entre onerosidade excessiva a um contratante e extrema vantagem ao outro, ressaltando-se que a primeira parte da redação do artigo 478 do Código Civil não utiliza os termos devedor e credor, determinando que “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra”, de modo que se extrai também ser possível sua utilização pelo credor que esteja diante de uma

¹⁷³ Arnaldo Medeiros da Fonseca também entendeu necessário que a elevação da onerosidade devesse estar acompanhada de um benefício ao credor: “De nossa parte, pensamos que, quando a superveniência imprevista apenas acarreta para o devedor uma onerosidade maior, mas em nada vem melhorar a situação do credor, que apenas pretende os benefícios esperados e decorrentes do contrato, não haverá iniquidade nenhuma em exigir do primeiro o cumprimento da obrigação livremente assumida, pois o direito, no conflito de interesses a que aquela dá lugar, não tem nenhuma razão para preferir o sacrifício do segundo” (FONSECA, 1958, p. 243). Entre os autores que entendem necessário a concomitância da extrema vantagem cita-se Carlos Roberto Gonçalves (2001, p. 11), Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 100).

¹⁷⁴ Em análise da simultaneidade exigida na redação do artigo 478 e alicerçado em sua pesquisa, Nelson Borges asseverou: “nas legislações estudadas, a exigência de concomitância (excessiva onerosidade para o devedor e, ao mesmo tempo, extrema vantagem para o credor) só foi encontrada em nosso Código” (BORGES, 1999, p. 317).

excessiva depreciação da contraprestação que deva receber em relação a prestação que lhe incumbe.

Todavia, a exigência da concomitante extrema vantagem é um requisito criticável¹⁷⁵, pois se não identificado no caso concreto simplesmente causará a desconsideração da situação em que se encontra o devedor, implicando-lhe ruína e distanciando o objetivo da norma a fim de lhe evitar a onerosidade excessiva¹⁷⁶.

Pela existência desse requisito da concomitante extrema vantagem, é de se concordar com BARLETTA (2002, p. 196) no sentido de que o regime da revisão por fato superveniente no Código Civil está obsoleto em relação ao Código de Defesa do Consumidor e ainda, a “legislação italiana de 1942, que nem sequer menciona o requisito da *extrema vantagem para a outra parte*, bem como da legislação portuguesa de 1966, que também não faz nenhuma referência neste sentido”.

Ratifica-se o que se disse anteriormente que, segundo o regime do Código Civil, mesmo que seja constatada a existência de onerosidade excessiva ao devedor, se não restar demonstrada a extrema vantagem ao credor, far-se-á pouco caso da ruína do devedor, aplicando-se a ela os efeitos da injustiça¹⁷⁷.

Além disso, se no caso concreto a própria determinação do conteúdo do que seja excessivamente oneroso pode apresentar-se difícil, de igual modo o será determinar o que se compreende aquém ou além da extrema vantagem¹⁷⁸, portanto,

¹⁷⁵ O argumento de Fabiana Rodrigues Barletta (2002, p. 152) é defensável: “O Código Civil brasileiro sancionado em janeiro de 2002 cuida especificamente da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa justa e de seus efeitos na seara jurídica. Não havia, pois, necessidade de o legislador brasileiro inserir esse plus de vantagem extrema para a outra parte”.

¹⁷⁶ “De fato, não se deve configurar a onerosidade excessiva, na dependência do contraponto de um grau de extrema vantagem. Isto significaria atenuar o instituto, sopesado por uma compreensão menor” (LISBOA, 2006, p. 484).

¹⁷⁷ “Exigir também extrema vantagem para a outra parte para que ocorra intervenção judicial na órbita do contrato quando a excessiva onerosidade para uma parte está latente é demasiado prejudicial ao excessivamente onerado” (BARLETTA, 2002, p. 152).

¹⁷⁸ À seu tempo, Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p. 245-246), indicou, através da analogia com outros dispositivos legais que esta vantagem deveria ser superior a um quinto do valor normal da prestação: “Somos assim levados a reconhecer que, presentemente, em face dos princípios que resultam da legislação vigente, a superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, *alterando radicalmente o ambiente objetivo* existente ao tempo da formação do contrato e acarretando para um dos contratantes uma *onerosidade excessiva* e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste, pode dar lugar à intervenção judicial para resolver o vínculo contratual. Para isso, porém, exige-se que, às duas primeiras condições, acima fixadas, se alie uma terceira: o *lucro inesperado e injusto do credor*, excedente a um quinto do valor normal da prestação a que teria direito, limite esse estabelecido em disposições análogas de nosso direito positivo”.

a boa-fé deverá ser a luz orientadora a se expressar segundo o caso concreto e o tipo contratual em tela, sem perder de vista a efetivação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade, de modo que a revisão contratual os sirva para afastar soluções injustas no caso concretamente considerado.

3.2.1.5 OUTROS REQUISITOS APONTADOS PELA DOUTRINA

Doutrinariamente são apresentados outros requisitos à revisão contratual, sobretudo em virtude da semelhança com que se tratou ao longo do tempo a Teoria da Imprevisão com os casos fortuitos ou de força maior, são eles a inimputabilidade (CORDEIRO, 2005, p. 135), ausência de estado moratório e a não consumação da onerosidade excessiva (lesão virtual).

Àquele que pretenda invocar a Teoria da Imprevisão não pode ter para si atribuído a autoria do fato alterador das circunstâncias que gerou a lesão virtual ou a extinção da base contratual (BORGES, 1999, p. 306), pois:

“se a parte tiver dado causa a uma situação patológica, agindo ou deixando de agir e, com isso houver criado um estado de profunda e irreversível alteração da base negocial, fazendo nascer a lesão virtual para a outra, dela não poderá colher quaisquer benefícios, como é do mais elementar bom senso” (BORGES, 1999, p. 307).

Além disso, a doutrina se posiciona no sentido de que não há espaço para a aplicação da Teoria da Imprevisão quando a prestação alterada já tenha sido cumprida (GOMES, 2002, p. 180-181)¹⁷⁹, ressaltando que se deve ingressar em juízo “no curso de produção dos efeitos do contrato, pois que se este já estiver executado não tem mais cabimento qualquer intervenção” (PEREIRA, 1998, p. 100-101), conseqüentemente, acrescenta Caio Mário da Silva Pereira, “as prestações efetuadas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas”, “porque a *solutio* espontânea do devedor produziu os seus naturais efeitos” (PEREIRA, 1998, p. 101).

Neste sentido, afirma Nelson Borges (1999, p. 309) que “O cumprimento da obrigação – ainda que dele decorra lesão objetiva – será mero adimplemento contratual, desprovido de capacidade para a geração de qualquer

¹⁷⁹ “O pedido de rescisão há de se partir do contratante que está na iminência de se tornar inadimplente pela dificuldade de cumprir a obrigação” (GOMES, 2002, p. 180).

direito a ressarcimento por possíveis danos”, acrescentando que a lesão virtual seria aquela que ainda “não tenha ocorrido mas esteja prestes a ocorrer, antes de chegado o prazo para o cumprimento da obrigação”.

Entretanto, na proposta de se utilizar a revisão contratual decorrente de fatos supervenientes como instrumento de conservação do contrato, de observância dos deveres de boa-fé, de equidade e justiça contratual, e, além disso, objetivando realizar a solidariedade e a dignidade humana, há de se analisar concretamente se este requisito não se demonstra como justificante do descaso com aquele contratante que, mesmo diante da onerosidade excessiva, realizou a prestação no intuito de não prejudicar o credor.

Assim, se a lesão já estiver sido concretizada, não se pode desdenhar a ruína ocorrida, pois esta decorre igualmente dos fatos supervenientes que ensejam a revisão contratual, pelo que, parece não ser prudente a imposição deste requisito como óbice à revisão contratual, mesmo quando já houver o devedor cumprido a prestação excessivamente onerada.

Quanto ao requisito da ausência de estado moratório¹⁸⁰, Orlando Gomes (GOMES, 2002, 181) sucintamente afirmou que “não pode o devedor tornar-se inadimplente e pretender em seguida que o contrato seja resolvido”. Entendendo tal autor, ainda, que se o devedor incorre em *mora solvendi*, o credor tem direito a requerer a rescisão do contrato por inexecução culposa ou declará-lo rescindido, se há pacto comissório expresso, ainda que haja a agravação da onerosidade.

Entretanto, mesmo reconhecendo que o estado moratório afasta a aplicação da doutrina, Nelson Borges (BORGES, 1999, p. 314) apresenta uma exceção a esta regra geral, que a confirma, “será quando a alteração da base negocial tiver ocorrido antes do estado moratório e, por qualquer motivo, não tiver sido denunciada”, entendendo que esta conclusão é óbvia “visto que aprioristicamente, os elementos sancionadores da utilização da doutrina da imprevisibilidade já existiam em estado hibernal e a situação moratória só surgiu depois” (BORGES, 1999, p. 315), citando ainda o artigo 438 do Código Civil português que declara: “a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou”.

¹⁸⁰ À respeito, ver nota 172 quanto ao citado exemplo de LARENZ (1956, p. 169).

À respeito do referido artigo, Pires de Lima e Antunes Varela (1987, p. 414-415) manifestam que “quem se coloca em mora não pode aspirar a qualquer protecção resultante de factos supervenientes”, “se, porém, a alteração das circunstâncias é anterior à mora, não é o simples facto de o devedor ter incorrido em mora que o impede de pedir a resolução ou modificação do contrato”.

Os dispositivos que no Código Civil brasileiro regulam a revisão contratual por fatos supervenientes não estabelecem a ausência de estado moratório como requisito àquele que pretenda a revisão ou a resolução. O artigo 399 do Código Civil, integrante do regime jurídico da mora, não afasta a responsabilidade do devedor, que se encontre constituído em mora, pela ocorrência da impossibilidade da prestação, entretanto, estabelece em sua segunda parte que, mesmo em mora, comprovando sua ausência de culpa e que “o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”, será isentado de responsabilidade.

Assim, no caso concreto há de ser verificado se a mora tem correlação com a onerosidade excessiva sobrevinda, se não for possível extrair nenhuma causalidade direta, a mora não deve ser óbice a aplicação da revisão contratual, porém, sendo verificada esta causalidade, com analogia ao art. 399, segunda parte, e da doutrina de LARENZ (1956, p. 169) que afasta a revisão contratual quando a perda da base negocial decorre unicamente da mora. Então, somente neste caso restará afastado o benefício de sua utilização ao devedor.

Esta postura parece ser a mais correta, pois, tão e somente na hipótese de a mora ser a causa única da onerosidade excessiva é que será afastada a utilização da revisão por fato superveniente, pois a onerosidade excessiva, neste caso, é imputável ao devedor.

3.2.2 DA DISCIPLINA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A revisão contratual por fatos supervenientes no Código de Defesa do Consumidor está disciplinada no artigo sexto, inciso V, segundo o qual é direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornam excessivamente onerosas”.

Na verdade nesta mesma redação estão compreendidas duas situações diversas, a lesão, quanto as prestações que são originariamente desproporcionais, e

a onerosidade excessiva superveniente, ensejando ao consumidor dois direitos diversos, respectivamente, o de modificação contratual e o de revisar o contrato. “Têm em comum o mesmo fundamento axiológico: o intuito de preservação do contrato, que se baseia nos princípios da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, assim como “da boa-fé objetiva e, principalmente, do equilíbrio das prestações” (BARLETTA, 2002, p. 130).

A orientação aqui não diverge da presente no Código Civil, pelo que “devem ser levados em conta os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações e o objetivo de preservação dos contratos” (BARLETTA, 2002, p. 150), entretanto, “como se vê, exige o Código que os fatos sejam supervenientes, mas não que sejam imprevisíveis¹⁸¹” (ALMEIDA, 2006, p. 169), da mesma forma, “não se exige também que a excessiva onerosidade superveniente para o consumidor importe em extrema vantagem para o fornecedor” (BARLETTA, 2002, p. 151).

Assim, ao contrário do que ocorre na disciplina do Código Civil, na legislação consumerista a inclinação se deu exclusivamente à base objetiva, com atenção à onerosidade excessiva, fazendo-se desnecessário o critério da imprevisibilidade, como bem expressou BARLETTA (2002, p. 198-199) sobre a revisão prevista no Código de Defesa do Consumidor:

“visa a restaurar o equilíbrio do contrato e tornar possível o alcance de sua finalidade objetiva. Nesse sentido, acredita-se que tal dispositivo tenha recebido influências da teoria da quebra da base objetiva de Larenz, avançando ainda mais por desconsiderar por completo a previsibilidade ou a imprevisibilidade das transformações”.

Além disso, convém ressaltar que o consumidor recebe uma proteção constitucional mais efetiva, pois, além dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, é reconhecido como fundamental na ordem econômica e, portanto, sua proteção significa o próprio desenvolvimento sustentável e social da economia.

Portanto, em comparação ao Código Civil, vê-se que é muito mais efetivo em virtude da dispensa dos requisitos da imprevisibilidade e da extrema vantagem ao fornecedor, “bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade

¹⁸¹ “Não será necessário também que os acontecimentos supervenientes, que tornaram a prestação pactuada muito onerosa, sejam anormais, extraordinários, imprevistos e imprevisíveis” (BARLETTA, 2002, p. 152).

advinda para o consumidor” (MARQUES, 2006, p. 194) facilitando, portanto, a aplicação da revisão pela jurisdição.

Em que pese a ausência de regulamentação mais pormenorizada ou imposição de outros requisitos, há quem entende ser possível a incidência daqueles requisitos que doutrinariamente se solidificaram, como ausência de estado moratório e inimputabilidade do consumidor (BARLETTA, 2002, p. 148) pela onerosidade a que esteja acometido, entretanto, deve ser máxima a cautela em se restringir a aplicação do direito de revisão do consumidor por meio da imposição de requisitos não legalmente previstos, sobretudo o da ausência de estado moratório, uma vez que, nos termos que fora fundamentado anteriormente quanto à mora, esta só deve afastar a revisão contratual quando for causa única da onerosidade excessiva.

3.2.3 DOS EFEITOS E CONSEQUENCIAS DA REVISÃO CONTRATUAL E DA RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Conforme a própria redação do artigo 478 do Código Civil, aquele que se vê onerado excessivamente em sua prestação em decorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis, poderá requerer a resolução contratual, entretanto, conforme já anteriormente delineado e, em que pese o artigo 479 estabelecer que através da iniciativa do réu, então credor, poderá ocorrer a modificação equitativa do contrato, a revisão contratual é o norte que deve orientar a ação das partes e o exercício da jurisdição em atenção ao princípio da conservação dos contratos.

Desta forma, o requerimento deverá conter dois pedidos com objetivos diversos, o primeiro deles pretendendo a revisão contratual por meio de sua modificação equitativa e o segundo a resolução contratual, sendo prudente, portanto, que o devedor indique em quais termos se torna conveniente a modificação contratual, pois o juiz necessitará de subsídios para intervir na relação contratual buscando restabelecer a equidade. Da mesma forma o réu, quando de sua manifestação nos autos, envidando esforços para a manutenção contratual, deverá indicar os limites justos em que a redução da prestação ainda será útil, ou seja, ainda atingirá a finalidade pretendida pelo contrato.

Destaque-se, também, que se os novos termos estabelecidos em decorrência da revisão ainda não forem suficientes para afastar a onerosidade excessiva, ou ainda, se a revisão do contrato resultar em perda da instrumentalidade

necessária para o atendimento do fim negocial de ambos os contratantes, prejudicando a base do negócio, o resultado não poderá ser aceito, resolvendo-se portanto. Isto se justifica através do próprio senso de justiça, pois, não se pode atender um dos contratantes, que se encontra excessivamente onerado pela extrema dificuldade de adimplir, e desprezar os efeitos que causarão ao outro. Se em face da revisão a prestação devida perder o sentido ou se tornar manifestamente insustentável ao credor, a este caberia o direito de uma nova revisão, assim, para se evitar a imposição de modificação que não satisfaça ambos os contratantes, a solução é a resolução contratual.

Verifica-se que a resolução contratual é a *ultima ratio*, sendo que “a sentença judicial que resolve um contrato por excessiva onerosidade produz, entre as partes, efeito retroativo” (GOMES, 2002, p. 181).

Orlando Gomes (2002, p. 181) compreende que a onerosidade excessiva é mais próxima da inexecução involuntária, tendo em vista que não há lugar para perdas e danos, não havendo de se indenizar a parte que teria vantagem com a execução do contrato. O devedor, por sua vez, exonera-se das obrigações, assim como na resolução por impossibilidade.

Por sua vez, Arnaldo Medeiros da Fonseca, tratando das distinções entre caso fortuito ou força maior e a onerosidade excessiva, aponta na possibilidade de reparação do credor, afirmando que naquela “a liberação do devedor, total ou parcial, de modo permanente ou temporário, é a única consequência possível; aqui não estará excluído o direito do credor a uma razoável reparação” (FONSECA, 1958, p. 346)¹⁸².

Nelson Borges¹⁸³ também defende a possibilidade da incidência de indenização quando ocorrer a resolução, argumentando que:

¹⁸² Reforçando este entendimento, Arnaldo Medeiros da Fonseca entende que a resolução por fato superveniente se tratava de expropriação judicial do crédito, o que deveria ser sopesado com a devida reparação por perdas e danos daquilo que se perdeu e daquilo que deixou de lucrar o credor. “Diante da alteração do ambiente objetivo no qual se formou o contrato, acarretando para o devedor uma onerosidade excessiva e para o credor um lucro inesperado, a solução só pode ser a resolução do vínculo, operando *ex nunc*, substituído para o credor o exercício, em forma específica, dos seus direitos, pelo respectivo equivalente econômico, com observância do disposto no art. 1.059, párag. único, do Cód. Civil. Dá-se, assim, como que uma expropriação judicial do direito do credor, para evitar uma iniquidade, com plena salvaguarda de suas legítimas expectativas, quanto aos lucros que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação” (FONSECA, 1958, p. 348).

¹⁸³ O autor busca fundamentos no enriquecimento ilícito, na injuridicidade e na responsabilidade objetiva. Compreende que com a exoneração do devedor de suas obrigações, implicando em

“O devedor se verá presenteado com a extinção da obrigação (que em termos de absurdo, é muito) e ainda com a dupla vantagem no campo processual (que em termos de aberração jurídica, é tudo), assentada no seguinte quadro fático: primeiro, estará liberado do cumprimento de obrigação livremente assumida, ainda por cumprir (ou parcialmente cumprida) e, segundo, inteiramente livre, ainda, de possível sucumbência, já que terá obtido o deferimento de seu pedido alternativo de extinção da contratação, isto é, terá vencido a ação. Em síntese: desta injuridicidade o devedor só obterá vantagens e o credor, só prejuízos” (BORGES, 1999, p. 428).

Em outro momento o mesmo autor assinala que a impossibilidade de se concretizar a revisão, “certamente tem trazido prejuízos ao credor que, como o devedor, também não pode ser responsabilizado pelo acontecimento imprevisível” (BORGES, 1999, p. 427), e, “por um lado, um credor que teve seu crédito alterado [...] com a resolução receberá um castigo judicial que o privará definitivamente de seu direito creditício [...] do outro, um devedor beneficiado” (BORGES, 1999, p. 432-433), sustentando ainda que não se pode transformar a lesão virtual do devedor em lesão objetiva ao credor (BORGES, 1999, p. 435).

Entretanto, convém lembrar que o contrato é destinado a atingir um escopo comum entre os contratantes, um efeito econômico e social, sobre o qual incide a boa-fé objetiva que revelará seu conteúdo no caso concreto de acordo com a natureza da obrigação e as circunstâncias de cada fase do processo obrigacional. Desta forma, a resolução do contrato não deve ser analisada pela ótica polarizada em credor e devedor, pois, na verdade, ambos sairão perdendo com a resolução contratual. A obrigação se constitui porque os contratantes precisavam envidar esforços mútuos para o alcance do efeito desejado, tanto na esfera individual do credor como do devedor.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu pela revisão contratual em contrato de fornecimento de gás, no qual o fornecedor realizou ajustes do preço contratado, de forma que atingiram valores superiores à média de mercado. Veja-se a ementa do julgado:

prejuízos ao credor, estará a ser beneficiado injustamente pelo não cumprimento de algo que deveria cumprir. A exoneração lhe implicaria o afastamento de um dever, aniquilando-o de sua esfera patrimonial, portanto, enriquecendo sem causa. Com a responsabilidade objetiva, sustenta que não seria necessária a demonstração de culpa do devedor para que lhe fosse atribuída a responsabilidade em indenizar o credor naquilo que deixou de ganhar em decorrência da exoneração do devedor face a resolução contratual em vista da impossibilidade de se operar a revisão contratual.

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE VENDA DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO (GLP). AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO E AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO CONDENATÓRIO. RECURSO PRINCIPAL. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO SUB JUDICE, EM RAZÃO DE FATO SUPERVENIENTE QUE O TORNOU EXCESSIVAMENTE ONEROSO À PARTE ADVERSA. REVISÃO DO PREÇO PRATICADO QUE É PERFEITAMENTE POSSÍVEL, À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DO CDC E DO ART. 478 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRATO QUE, APESAR DE LIVREMENTE PACTUADO, NÃO É IMUTÁVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA QUE EFETIVAMENTE AUTORIZA A REVISÃO DO PACTO. EVIDENTE PREJUÍZO SOFRIDO PELO CLUBE APELADO. DECISÃO CORRETA. RECURSO CONHECIDO E NÃO-PROVIDO. RECURSO ADESIVO. TERMO MÉDIO QUE SE CONSTITUI NAQUELE DEFINIDO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO (ANP). DESNECESSIDADE DE ADOÇÃO DE OUTRO INDÍCE, QUE NÃO O OFICIAL. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR COBRADO E O TERMO MÉDIO. NÃO CABIMENTO. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E NÃO-PROVIDO¹⁸⁴.

No caso, o gás era essencial ao funcionamento da consumidora, Gaciosa Country Club, e a resolução do contrato, que já estava onerando-a, implicaria em prejuízo recíproco, pois o produto consumido ainda era essencial à manutenção de suas atividades, bem como o fornecedor deixaria de distribuir a quantidade que habitualmente distribuía.

Portanto, assim como na visualização do contrato deve ser afastada a concepção antagonista entre credor e devedor para compreender a função destes no contrato como sujeitos que empregam esforços mútuos para a consecução de um fim conjuntamente estabelecido nas diversas fases processuais, na negociação, formação, execução e, mesmo após a extinção da obrigação assumida, também quando da situação extraordinária do contrato em face de eventos imprevisíveis que tenha causado onerosidade excessiva na prestação de um dos contratantes, deverá ser afastada esta concepção antagonista de credor e devedor, segundo a qual este possui o dever irrenunciável de realizar a prestação e aquele possui o irretocável direito de receber a prestação.

Neste sentido, é prudente a anotação de Karl Larenz (1956, p. 226, tradução livre), no sentido de que apenas devem ser ressarcidos “os gastos que a outra parte realizou para a preparação e execução do contrato e que podiam se considerar indispensáveis”, e não a mera expectativa do que auferiria o credor na normal execução do contrato.

¹⁸⁴ (TJPR, Apelação Cível, 714903-9, Relator: Fernando Wolff Bodziak, Data de Julgamento: 11/07/2012, 11ª Câmara Cível).

Nelson Borges (1999, p. 453), sob o aspecto da resolução contratual que exonera as obrigações do devedor, afirma que “a indenização pela vantagem recebida, sem qualquer base lógica ou jurídica, é a medida que se impõe como a mais justa”, manifestando que o devedor receberá uma vantagem ao não ter que cumprir o contrato, entretanto, como se asseverou, este também deixará de obter o resultado conseqüente que o cumprimento da obrigação proporcionaria a ambos os contratantes. Ademais, a afirmação de que não há qualquer base lógica ou jurídica para a isenção do devedor em face da resolução contratual, que ocorreu justamente por impossibilidade de se revisar o contrato para adequá-lo às circunstâncias supervenientes, seria substituir a onerosidade excessiva que a obrigação adquiriu no desenvolvimento da execução por fatos supervenientes por uma indenização, ou seja, a pretensão de indenização pelo ângulo do credor implicaria em uma substituição formal daquela prestação que era excessivamente onerosa ao devedor por uma indenização correspondente, o que, materialmente, implicaria em igual onerosidade excessiva.

Assim sendo, parece mais acertada a possibilidade de indenização que parta de um critério material, daquilo despendido no intuito de atingir o fim contratual e não em uma mera expectativa inerente à esfera do credor, pois, conforme delineado na presente investigação, a boa-fé objetiva e o entendimento da relação obrigacional como processo, deve-se ter em conta a visão completa do contrato e a respectiva cooperação dos contratantes para atingir aquilo que em comum dispuseram, o contrato é, assim, instrumento que serve a ambos e não a simples materialização do crédito.

Quanto aos efeitos da sentença de natureza constitutiva, modificativa através da revisão e extintiva através resolução, serão retroativos à data da citação, conforme o artigo 478 do Código Civil brasileiro estabelece. Assim, diante da alteração substancial do equilíbrio contratual por fatos supervenientes, aquele contratante que tenha sua prestação excessivamente onerada deverá deduzir sua pretensão em juízo antes que se consume a realização da obrigação, com a concretização da lesão virtual em objetiva, bem como evitando que seja constituído em mora pelo não cumprimento¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Quanto ao requisito da ausência de estado moratório, relembre-se que Nelson Borges (1999, p. 315) e Pires de Lima e Antunes Varela (1987, p. 414-415) apontam no sentido de que se a mora

A dificuldade que se impõe ao magistrado diante da necessidade de proceder à revisão contratual é compreender e estabelecer o equilíbrio necessário a concretizar a justiça contratual, respeitando o fim negocial e evitando ao máximo prejudicar os contratantes envolvidos.

Além da orientação da boa-fé objetiva, função social do contrato, deverá a revisão contratual ser orientada pelos princípios constitucionais, possibilitando, conforme defende CORDEIRO (2005, p. 240), “o redesenho do contrato de modo a torná-lo instrumento de concretização dos valores existenciais e solidários privilegiados pelo constituinte”, inclusive, com o enfrentamento dos rígidos requisitos que se apresentam como verdadeiros empecilhos à aplicação da revisão contratual por fatos supervenientes prevista no Código Civil, tal como a exigência da concomitante extrema vantagem ao credor em detrimento da onerosidade excessiva ao devedor, e a imprevisibilidade, de apreciação subjetiva, ensejando o adequado exame jurisdicional sobre a especialidade do caso concreto, a fim de atingir a justiça contratual e satisfazer a dignidade humana afastando qualquer abuso ou enriquecimento ilícito que desvirtue a finalidade contratual movida pela cooperação dos contratantes.

decorre justamente da onerosidade excessiva superveniente, mesmo assim, haverá espaço para a revisão contratual.

CONCLUSÃO

A concepção que deve orientar o tratamento do contrato deve abandonar a sua fundamentação com fonte exclusiva na vontade, passando a considerá-lo em sua materialidade e instrumento de realização maior que os interesses individuais egoísticos, ou seja, realizar a própria dignidade humana e a solidariedade, reconhecendo-o como instituto dinâmico que se desenvolve em etapas e se sujeita a alterações no curso de sua existência, demandando a respectiva modificação de seus efeitos a fim de garantir o alcance de sua finalidade maior.

A boa-fé objetiva enquanto fonte ética de imposição de deveres de conduta e diligência é hábil para demonstrar a ruptura do conceito moderno de contrato e, como elemento derivado do princípio constitucional da solidariedade, determinará no caso concreto aquilo que seja necessário para realização da dignidade humana, os meios de se atingir o resultado comum pretendido pelos contratantes que, justamente se uniram em relação contratual com tal intuito.

Impõe-se, em vista de fatos supervenientes que ocasionem o desequilíbrio contratual, com a frustração da equivalência das prestações, que haja revisão do contrato de forma a, preservando sua existência e efeitos pretendidos, restabelecer o equilíbrio necessário à sua execução e satisfação recíproca dos contratantes.

Não só em face desta modificação contratual, mas, sobretudo neste momento, ambos contratantes estão imbuídos do dever de cooperação, decorrente da boa-fé objetiva, para que se possa realizar o contrato e produzir os efeitos por ele pretendidos.

Assim, cumpre ressaltar que o princípio da conservação do contrato não possui a mesma roupagem e finalidade que antes possuía o princípio da obrigatoriedade no paradigma da vontade. A conservação, na concepção que se deve ter do contrato, diz respeito à manutenção daquilo que tem potencialidade na obtenção de resultado que coaduna com os interesses constitucionais.

Conforme foi exposto na presente investigação, a autonomia privada passou a ter papel secundário, portanto, sua análise deve ser realizada com a cautela de não se operar um retrocesso através da redução do contrato à vontade.

Em que pese o Código Civil ter adotado a teoria da imprevisão, que deve ter como regra geral a revisão contratual e não a resolução, admitindo como requisitos

a imprevisão e extraordinariedade dos fatos e a onerosidade excessiva concomitante à extrema vantagem ao outro contratante, o exame do caso concreto deverá atentar para os resultados que decorrem dos fatos supervenientes de modo a não permitir que a estrutura positiva seja analisada de forma estática sobre o contrato, o qual possui natureza dinâmica e, dada a natureza e especialidade de que se revista, demanda solução específica ínsita à situação.

Desta forma, a função integradora da boa-fé objetiva e a realização dos princípios constitucionais não podem encontrar barreira na positivada disciplina do Código Civil e permitir que a ausência de alguns dos requisitos legais opere de modo contrário, injusto, com ofensa a estes postulados existenciais.

Neste sentido, concorda-se com a assertiva de Eros Belin de Moura Cordeiro no sentido de que a revisão contratual não se trata de mera adequação do contrato buscando operar a justiça contratual através do restabelecimento do equilíbrio das prestações, mas, na concepção do direito civil constitucional, é instrumento de atuação direta dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BORGES, Nelson; MARINONI, Luiz Guilherme (Orient.). *Estrutura Doutrinária e Campo Operacional da Teoria da Imprevisão*. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.
- CORDEIRO, Eros Belin de Moura; LEITE, Eduardo de Oliveira (Orient.). *A revisão dos contratos na nova sistemática codificada brasileira e a constituição do Brasil*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua Conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: Direito das Obrigações: Parte Especial. Tomo I – Contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: Contratos e Atos Unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo, NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- LARENZ, Karl. *Base del Negocio Juridico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado, Vol. I*. 4. ed. Coimbra, 1987.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado, Vol. II*. 4. ed. Coimbra, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. in CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das Obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Vol. II. Obrigações em Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Vol. III. Fontes das Obrigações: Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial: 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume III*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume II*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. Carmem Lucia Silveira Ramos (Coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420, volume IV*. Álvaro Villaça Azevedo (Coord). São Paulo: Atlas, 2008.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral, vol. I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Volume II: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.