

SiqueiraCastro*

Revisão/Resolução do contrato por
onerosidade excessiva
Desequilíbrio econômico-financeiro
e supressão

Biblioteca RJ, 17/02/2021

SUMÁRIO

<p>A necessária observância, por parte das instituições financeiras estatais, na condição de integrantes da Administração Pública, do interesse público na gestão dos seus contratos bancários em épocas de crise econômica.</p> <p>Revista dos Tribunais Aldem Johnston Barbosa Araujo http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.02.PDF</p>	Doc 1
<p>Covid-19 e a (in)justificada recusa à revisão contratual</p> <p>Cristiano Falcão Martins https://migalhas.uol.com.br/depeso/325754/covid-19-e-a-in-justificada-recusa-a-revisao-contratual</p>	Doc 2
<p>A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a perspectiva civil-constitucional</p> <p>Fabiana Rodrigues Bartella https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/download/1672/738/7888</p>	Doc3
<p>O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil</p> <p>Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, nº 31, p. 135-175, 2006. Judith Martins-Costa http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/31/revistas31%20(10).pdf</p>	Doc4
<p>Da autonomia privada à função social dos contratos</p> <p>Milton Lautenschlager e Odete Queiroz Revista Argumentum, Marília, SP, v. 20, n. 2, p. 651-689, maio/ago. 2019. http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/download/1180/726</p>	Doc5
<p>O contrato EPC e o princípio do equilíbrio econômico</p> <p>Luiz Gastão Paes de Barros Leães Revista Brasileira de Direito Civil, v. 3, jan.mar. 2015. https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/113/107</p>	Doc6
<p>A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (suppressio)</p> <p>Gen Jurídico Guilherme Magalhães Martins http://genjuridico.com.br/2016/10/18/a-funcao-de-controle-da-boa-fe-objetiva-e-o-retardamento-desleal-no-exercicio-de-direitos-patrimoniais-suppressio/</p>	Doc7
<p>Consequencias da pandemia criada pela covid-19 nas obrigações e nos contratos – uma visão pelo ângulo do direito civil</p> <p>Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1 Guilherme Valdetaro Mathias</p>	Doc8

Direito Administrativo

1. A necessária observância, por parte das instituições financeiras estatais, na condição de integrantes da Administração Pública, do interesse público na gestão dos seus contratos bancários em épocas de crise econômica

The required compliance by the state-owned financial institutions, provided that members of the public administration, public interest in the management of its banking agreements in times of economic crisis

(Autor)

ALDEM JOHNSTON BARBOSA ARAÚJO

*Especialista em direito público (pós-graduação lato sensu) pela Faculdade Estácio Recife. Advogado.
aldemjohnston@yahoo.com.br*

Sumário:

1 Introdução

2 Os bancos públicos como integrantes da Administração Pública e instrumentos da ação governamental para enfrentar a crise econômica

3 A necessária observância do princípio da preservação da empresa por parte dos bancos públicos quando das suas relações negociais em períodos de crise econômica

4 Efeitos da crise econômica nos contratos celebrados pelos bancos estatais: obrigatoriedade de observância aos casos de onerosidade excessiva

5 A necessária observância do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais: esforço do banco público para ajudar o cumprimento dos contratos apesar das dificuldades impostas pela crise econômica

6 Duty to mitigate the loss: a necessidade de os bancos estatais negociarem as dívidas para consigo como forma de mitigarem seus próprios prejuízos

7 Conclusão

Referências

Área do Direito: Administrativo

Resumo:

Análise sobre as obrigações legais que incidem sobre os bancos públicos para garantir que os mesmos, na condição de integrantes da Administração Pública, tenham uma atuação diferenciada dos demais bancos do mercado, adotando práticas para mitigar os efeitos da crise econômica em detrimento da mera persecução de lucro.

Abstract:

Analysis of the legal obligations imposed on the public banks to ensure that the same, provided that members of the public administration, have a differentiated performance of other banks in the market, adopting practices to mitigate the effects of the economic crisis rather than the mere pursuit of profit.

Palavra Chave: Bancos públicos - Crise econômica - Contratos - Onerosidade excessiva - Boa-fé - Duty to mitigate the loss

Keywords: Public banks - Economic crisis - Contracts - Excessive burden - Good faith - Duty to mitigate the loss

1. Introdução

Em matéria do dia 12.03.2016, a reportagem da Folha de São Paulo¹ informou que "Salvo uma inesperada retomada da economia, a atual recessão caminha para se tornar, até o fim do ano, a pior já medida com precisão no país".

Fazendo menção a dados do site "Economatica"² a edição 2474 da Revista Veja³ informou que a "dívida somada de 257 companhias de capital aberta (ou seja, com ações negociadas em bolsa) subiu 31% em apenas um ano, em 2015, e alcançou a cifra de 1,4 trilhão de reais" acrescentando que "há outro dado que dá uma dimensão do aumento do endividamento das empresas brasileiras: é o que mede quanto do patrimônio da companhia está comprometido com dívidas. Esse índice era de 36% em 2007. Estava em 46% em 2010. Chegou a 61% no ano passado."

A reportagem da Revista Veja, cujo título é "Quebradeira S.A.", informa que "existem 8 milhões de companhias no Brasil, e metade delas está com dívidas em atraso" arrematando com os seguintes dados: "Se em um primeiro momento a indústria se mostrou o setor mais afetado pela crise, 2015 foi o ano em que o comércio sentiu os efeitos da tempestade perfeita na economia: quase 100000 lojas encerraram as atividades, segundo a Confederação Nacional do Comércio (CNC)."

Outro número alarmante da crise é o de que a taxa de desemprego de 9,5% no trimestre encerrado em janeiro de 2016 é a mais alta da série histórica da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua, iniciada no primeiro trimestre de 2012 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O País registrou em um mês um número recorde de desempregados medido pela mesma pesquisa: 9,623 milhões de pessoas.⁴

Segundo a versão brasileira do jornal "El País",⁵ a economia do Brasil vive sua maior recessão desde os anos 1930 e a atual crise econômica é a pior do século (havendo ainda quem noticie⁶⁻⁷ se tratar da pior de toda história do país).

Diante de um quadro econômico tão adverso qual deve ser o papel desempenhado pelos bancos públicos? Melhor dizendo: Qual o papel das instituições financeiras do Estado, na condição de integrantes da Administração Pública, em períodos de crise? Sua natureza de direito privado permite que os bancos estatais simplesmente sigam as regras de mercado e ignorem o interesse público?

É o que passamos a discutir nas linhas que se seguem.

2. Os bancos públicos como integrantes da Administração Pública e instrumentos da ação governamental para enfrentar a crise econômica

O Estado não é alheio à economia, não é imune aos seus efeitos e não se mantém inerte às suas transformações.

Sobretudo financiado pela riqueza que retira dos particulares, o Poder Público tem sua capacidade de investimento, de contratação de agentes públicos e de prestação de serviços públicos diretamente relacionada aos recursos disponíveis no erário.

Se, por exemplo, a economia afeta os particulares, subtraindo-lhes o poder de compra (no caso dos consumidores) e a capacidade de fornecer produtos e serviços, a arrecadação dos tributos que incidem sobre a fabricação/produção, a circulação e o consumo de bens/serviços também será afetada.

Em tempos de pujança econômica o vetor é inverso, o Estado se beneficia com o volume de negócios, gerando um aumento de arrecadação tributária que lhe propicia a possibilidade de ter mais recursos para atender as demandas que o interesse público lhe exige.

Mas não é só de forma passiva que o Estado se relaciona com a economia. A depender do modelo econômico adotado pelo país, o Estado torna-se o ator principal que centraliza todas as ações ou um interventor em situações episódicas.

No Brasil, o Estado define a taxa básica de juros, emite moeda, atua como comprador ou vendedor no câmbio flutuante, desonera ou onera produtos ou serviços para fomentar ou desincentivar seu consumo, cria planos econômicos (inclusive com mudança e/ou desvalorização da moeda), celebra tratados de livre comércio com outros países ou organizações multilaterais, ou seja, toma ou pode tomar uma série de medidas que impactam a economia.

Resta claro, portanto que a relação do Estado com a economia é bilateral, na qual ambos geram efeitos mutuamente. Acerca desta relação dialética mantida entre Estado e economia, veja-se a lição de Alexandre Santos de Aragão:

"A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico." (Aragão, Alexandre Santos de. O conceito de regulação da economia. RDM 122/38-47, Apud Tavares, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. Curso de direito administrativo econômico (org. José Eduardo Martins Cardozo et al.), vol. II São Paulo: Malheiros, 2006. p. 175).

E o que pauta a atuação do Estado na economia? Melhor, o que pauta a Administração Pública, no caso brasileiro, em suas ações na seara econômica? A Constituição Federal teceu um figurino no qual cabe ao Estado, entre outras coisas, almejar a busca do desenvolvimento nacional para erradicar a pobreza. Neste particular, Lutero de Paiva Pereira detalha o papel reservado pela Constituição Federal ao Estado em suas interações com a economia:

"O art. ^{RTD} 3.º da ^{RTD} CF/1988 é claro em indicar que o fundamento básico da existência do Estado Brasileiro é construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza e buscando-se um maior equilíbrio entre as regiões e Estados brasileiros. E a atividade administrativa estatal deve se pautar na busca desses resultados, e por isso se justifica o caráter econômico da atividade administrativa de um Estado Democrático de Direito. Em outras palavras a intervenção Estatal se dá de diversas formas, mas a principal é garantir aos particulares a busca dos fins familiares e sociais o que está expressamente previsto na ^{RTD} CF/1988 como o respeito à livre iniciativa e o respeito ao direito de propriedade." (Pereira, Lutero de Paiva. Breve abordagem sobre a administração econômica do Estado. Curso de direito administrativo econômico (org. José Eduardo

Martins Cardozo et al.), vol. II São Paulo: Malheiros, 2006. p. 390).

Nessa busca pelo desenvolvimento nacional, o Estado (sempre pautado na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na livre concorrência para fins de erradicar a pobreza, a desigualdade social e propiciar o pleno emprego) faz uso tanto da sua estrutura despersonalizada como dos seus entes descentralizados dotados de personalidade jurídica.

Os bancos públicos são empresas estatais, organizados sob a forma de empresas públicas (capital 100% estatal) ou sociedades de economia mista (sociedades anônimas onde o Estado é o sócio majoritário) que intervêm na economia, já que exercem atividade econômica no mercado em regime de competição com os particulares.

Em que pese o desempenho de atividade econômica, o fim das empresas estatais (incluindo-se, por óbvio) os bancos públicos não é o mesmo almejado pelas demais empresas particulares que atuam no mercado, conforme leciona Carlos Ari Sundfeld:

"As empresas estatais são personificações do próprio Estado, desdobramento de sua estrutura; são em definitivo, organizações estatais. Nelas concorrem duas importantes notas: por uma parte, realizam ação governamental; por outra, integram a estrutura orgânica do Estado. (...) É bem certo que, no tocante a seu regime jurídico, as atividades econômicas exploradas por empresa estatal são consideradas 'privadas', e isso por força do art. 173, § 1.º, II, da Carta Federal. *Mas as estatais de intervenção no domínio econômico são também instrumentos da ação governamental*, exigida por 'imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo'. *O Estado não as cria para investir, buscando simples lucros, mas sempre implementar políticas públicas* (o desenvolvimento regional, a construção de habitações populares, o financiamento agrícola etc.). *Daí, então, dizer-se que as empresas estatais desenvolvem ação governamental, apesar de revestirem o chamado 'figurino privado' (a forma empresarial, adotada pelas sociedades mistas e empresas públicas) e, em algumas hipóteses, explorarem atividades econômicas.*" (Sundfeld, Carlos Ari. *A reforma do Estado e empresas estatais*. Direito administrativo econômico (coord. Carlos Ari Sundfeld). 1. ed., 3.ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 264/265).

Para arrematar a questão da diferença entre os objetivos que pautam a atuação das empresas estatais e os objetivos das demais empresas que integram o mercado, veja-se a seguinte lição de Fábio Ulhoa Coelho que, em que pese se referir especificamente às sociedades de economia mista, pode ser perfeitamente adaptada também às empresas públicas:

"A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem as mesmas responsabilidades do acionista controlador, *porém a própria lei ressalva que a orientação dos negócios sociais pode ser feita de molde a atender ao interesse público que justificou a criação da sociedade. O que há, em particular, é a possibilidade de comprometimento dos recursos sociais em atividades relativamente deficitárias, importando em diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição. O acionista particular da sociedade de economia mista está ciente, ao ingressar no quadro associativo da companhia, desta particularidade, ou seja, de que, eventualmente, seja obrigado a suportar ligeira diminuição na rentabilidade de seu investimento, por força do atendimento de interesse maior que o seu.* É claro que esta diminuição não poderá ser de tal porte que implique a descaracterização do investimento feito como negócio de conteúdo privado. (...) O acionista controlador poderá, portanto, vir a ser responsabilizado pelos demais acionistas particulares da sociedade de economia mista, sempre que, em decorrência do cumprimento do disposto no art. 238 da LSA, desenvolver atividade empresarial altamente deficitária. A fundamentação deste entendimento se vale, inclusive, da responsabilidade objetiva da Administração Pública." (Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 222/223).

Resta óbvio, portanto que as empresas estatais não só podem, como devem ser utilizadas como instrumento de ação governamental para intervenção na economia em prol do desenvolvimento nacional.

Nesse contexto, em épocas de crise econômica, a busca pelo desenvolvimento nacional clama de forma impositiva a intervenção do Estado na economia (inclusive por meio de suas instituições financeiras).

3. A necessária observância do princípio da preservação da empresa por parte dos bancos

públicos quando das suas relações negociais em períodos de crise econômica

Além de fontes de emprego, empresas são, sobretudo, mecanismos de produção e circulação de riquezas. Não há economia organizada sem atividade empresarial. A sobrevivência das empresas não interessa apenas aos seus proprietários ou a sócios, interessa aos seus empregados, aos familiares desses empregados e ao Estado, pois as empresas propiciam a arrecadação de tributos.

Se há uma "quebradeira" de empresas, há desemprego, diminuição da circulação de riquezas e queda na arrecadação tributária. Ou seja, preservar as empresas não se trata de resguardar meros interesses particulares disponíveis, há em tal preservação a preocupação de proteger principalmente os interesses coletivos que circundam a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica. Sobre o princípio da preservação da empresa, veja-se a doutrina:

"(...) no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltado à arrecadação e outros." (Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31/32).

"(...) o princípio da preservação da empresa objetiva recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores. (...) Não se pode deixar de expressar que o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa, que considera o fato de que a atividade empresarial é a fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc." (Teixeira, Tarcisio. Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 264).

Conforme leciona Rubens Requião, o princípio da preservação da empresa opera contra os credores da pessoa jurídica, pelo menos contra sua pretensão imediata de receberem seu créditos:

"(...) a empresa, na teoria dominante no moderno direito, como unidade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constitui um cadinho onde efervescem múltiplos interesses: o pagamento de salários para a classe obreira, dos tributos para a manutenção do Estado, e dos lucros para os investidores. Não deve ser assim considerada sob as luzes dos interesses imediatistas do coletor de impostos, ou da impaciência do cobrador de dívidas nos momentos críticos ou dramáticos de sua evolução" (Requião, Rubens. Curso de direito falimentar. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 250. Apud Pacheco, José da Silva. Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 110).

Os credores da empresa (quaisquer que sejam eles) têm de ter a noção de que é melhor sacrificarem interesses imediatistas acerca do recebimento dos seus créditos e esperarem a empresa eventualmente se recuperar de suas dificuldades financeiras, e assim permitir que a mesma pague suas dívidas, que eventualmente asfixiarem a devedora com cobranças e inviabilizar o prosseguimento de suas operações, o que redundaria no inadimplemento de suas dívidas.

Com os bancos estatais o raciocínio é idêntico.

É extremamente comum empresas pedirem empréstimos a bancos (incluindo-se aí por óbvio os bancos estatais) e em tempos de crise econômica é comum que o cumprimento de tais contratos (cuja operacionalização se dá pelo pagamento de juros parcelados ao banco por parte do beneficiário do empréstimo) fique por diversas vezes prejudicado.

E qual é a conduta de um banco estatal diante de uma eventual dificuldade de adimplemento contratual

enfrentada por uma empresa em época de crise econômica?

Certamente executar o contrato, levar a leilão algum bem dado em garantia e cobrar a dívida em juízo não são alternativas consentâneas ao princípio da preservação da empresa em épocas de crise econômica.

Sendo instrumentos de ação governamental, os bancos públicos devem se comportar como *longa manus* do Estado e, sob o pálio do princípio da preservação da empresa, fazerem tudo o que for possível em termos de negociação e renegociação das dívidas (v.g. carência para pagamento das parcelas, abatimentos dos juros) para não agravar ainda mais a situação de empresas afetadas pela crise econômica.

4. Efeitos da crise econômica nos contratos celebrados pelos bancos estatais: obrigatoriedade de observância aos casos de onerosidade excessiva

O tempo e os acontecimentos que dentro dele se inserem afetam as relações contratuais e nem sempre aquilo que fora pactuado pelas partes em uma determinada época poderá ser cumprido com o avançar do tempo.

Os mecanismos de justiça social do contrato, que procuram preservar o equilíbrio entre as partes contratantes conforme bem leciona Joaquim de Paiva Muniz remontam ao ano 1772 antes de Cristo:

"Desde o Código de Hammurabi havia a previsão de mudança dos termos contratuais, se a obrigação de uma das partes se tornasse excessivamente onerosa: '*se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábuca de contrato e não pagar juros por esse ano*.'" (Muniz, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin), Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos, vol. 3, São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 230).

Sobre o conceito de onerosidade excessiva no ambiente contratual, veja-se o conceito de Larissa Maria de Moraes Leal e Roberto Paulino Albuquerque Júnior:

"*Sempre que às circunstâncias nas quais o contrato foi celebrado sobrevierem fatos que as alterem em substância, onerando excessivamente uma das partes contratantes, o equilíbrio do contrato estará alterado*. Esse é o ambiente onde deve incidir o instituto da onerosidade excessiva que, se esteve originalmente ligado à ideia de lesão contratual, destinando-se à resolução do contrato, rapidamente orientou-se, na doutrina, rumo à revisão dos pactos. É certo que todo contrato, dada a sua função econômica, implica risco, que se avoluma quando este pacto projeta-se no tempo, tendo execução diferida. Não é possível estabelecer o ponto exato do equilíbrio contratual ou de sustentação de suas condições, mas sempre que a mudança de circunstâncias ultrapassar o limite objetivo e razoável das expectativas das partes contratantes, o risco do negócio perde importância. Neste caso, não será mais adequado exigir que a parte devedora, não tendo responsabilidade na alteração de condições, assumam a onerosidade excessiva decorrente." (Leal, Larissa Maria de Moraes; Albuquerque Júnior, Roberto Paulino. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no  Código Civil Brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. *Dos contratos* (org. Alyson Rodrigo Correia Campos et. al), Recife: Editora Nossa Livraria, 2012. p. 564/565).

No ordenamento jurídico brasileiro, a onerosidade excessiva é prevista no art.  478 do  Código Civil cuja redação é a que se segue:

"Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

Comentando o aludido dispositivo, a doutrina associa-o ao art. 1.467 do Código Civil italiano e a fórmula *rebus sic stantibus*, privilegiando-se a manutenção do equilíbrio inicial do contrato e repelindo situações de desproporcionalidade que advenham de fatos alheios à vontade das partes:

"O dispositivo introduz no  [Código Civil](#) a fórmula *rebus sic stantibus* ('enquanto as coisas estão assim'), sob inspiração do art. 1.467 do Código Civil italiano, referindo-se aos contratos de execução continuada ou diferida (de trato sucessivo ou a termo) em que é possível aplicar-se a teoria da imprevisão, limitadora do *pacta sunt servanda*, princípio que rege a força obrigatória dos contratos. *Diz-se onerosidade excessiva o evento que embaraça e torna dificultoso o adimplemento da obrigação de uma das partes, proveniente ou não de imprevisibilidade da alteração circunstancial (evento extraordinário e imprevisível), impondo manifesta desproporcionalidade entre a prestação e a contraprestação, com dano significativo para uma parte e consequente vantagem excessiva (enriquecimento sem causa) para a outra, em detrimento daquela, a comprometer, destarte, a execução equitativa do contrato.* O estado de perigo (art. 156) e a lesão (art. 157) são institutos trazidos ao CC de 2002, assecuratórios de justiça contratual, onde a onerosidade excessiva ocorre independentemente de causa superveniente. *A teoria da imprevisão serve de mecanismo de efetivo reequilíbrio contratual, quer recompondo o status quo ante que animou o contrato ao tempo de sua formação (efeito da teoria da condição implícita, a implied condition do direito inglês), quer o ajustando à realidade superveniente por modificações equitativas, e, como tal, deve representar, em princípio, pressuposto necessário da revisão contratual e não de resolução do contrato, ficando esta última como exceção.* Assim é que a Lei Inquilinária 8.245/1991 dispõe sobre a revisão judicial do aluguel a fim de ajustá-lo ao preço de mercado (art. 19) e o Código de Defesa do Consumidor prevê, expressamente, a revisão das cláusulas contratuais (e não a resolução do contrato) 'em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas' (Lei 8.078/1990, art. 6.º, V), ou a nulidade delas (art. 51, V, e § 1.º, III). O CC de 2002, ao eleger a cláusula, inverte, todavia, a equação, utilizando a teoria para o pedido resolutivo como regra." (*Código Civil comentado* / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 581).

Nelson Nery Junior enaltece o objetivo da norma de garantir que as partes contratantes não fiquem em situação de vantagem/desvantagem durante a execução do contrato, fazendo uma correlação entre a onerosidade excessiva, a boa-fé objetiva e função social do contrato:

"A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (CC 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (CC 317), mantendo-se o contrato. Esta solução é autorizada pela aplicação, pelo juiz, da cláusula geral da função social do contrato (CC 421) e também da cláusula geral da boa-fé objetiva (CC 422). *O contrato é sempre, e em qualquer circunstância, operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lédimas pretensões. Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de que se poderia valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outra.* Essa ideia de socialidade do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que *o contrato só é bom quando é bom para ambos os contratantes. A questão sempre presente é saber se, apesar das modificações econômicas sobrevindas no curso, ou antes, da execução do contrato, é ainda possível cumprir a vontade das partes.* Há um limite para se exigir o sacrifício das partes. Impõe-se 'a regra moral segundo a qual não é lícito a um dos contraentes aproveitar-se das circunstâncias imprevistas e imprevisíveis subsequentes à conclusão do contrato, para onerar o outro contratante além do limite em que ele teria consentido em se obrigar' (Francisco Campos. *Revisão dos contratos: Teoria da Imprevisão*, [Dir. Civil, p. 8]). *A imprevisão enseja não apenas a resolução do contrato, mas sua revisão, caso isso seja do interesse das partes. Havendo dissenso entre elas sobre a revisão, ainda assim é possível que seja feita judicialmente, mediante sentença determinativa do juiz.* O fundamento para a revisão judicial do contrato é a incidência concomitante das cláusulas gerais da função social do contrato (CC 421), da boa-fé objetiva (CC 422) e da base *objetiva* do negócio (CC 422). Sobre a admissibilidade da revisão judicial do contrato por imprevisão: Ghestin-Jamin-Billiau. *Traité DC*, v. III, ns. 290/349. p. 355/416." (Nery Junior, Nelson. *Código civil comentado* (livro eletrônico baseado na 11. ed. impressa), São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1.189).

Nelson Rosenvald destaca a onerosidade excessiva como um desdobramento da justiça contratual e decompõe os requisitos previstos no  [Código Civil](#) para sua aplicação, quais sejam a execução continuada do contrato e a superveniência de fato imprevisível que traga desequilíbrio à relação contratual:

"A teoria contratual contemporânea é alicerçada em quatro princípios: autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e justiça contratual. A inserção no CC da resolução por onerosidade excessiva atende ao

princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios. Podemos vislumbrar grande carga de justiça contratual em dois momentos: a) ao tempo da celebração do contrato, pela preservação do sinalagma genético da relação obrigacional, adotando-se o instituto da lesão (art. 157 do CC) como forma de combate à elevada desproporção entre as prestações; b) ao tempo da execução do contrato, assegurando-se o sinalagma funcional, que pode ser perturbado por acontecimentos extraordinários, que minam a correspectividade das obrigações, instalando um dos contratantes em posição de onerosidade excessiva. O art. 478 cuida justamente dessa forma de intervenção do princípio da justiça contratual. O [RTD CC/1916](#) não cogitava da onerosidade excessiva. Seguimos o modelo oitocentista do *pacta sunt servanda*, pelo qual as convenções eram leis entre as partes (art. 1.134 do Código francês de 1804) e o conteúdo contratual era intangível, exceto pelo mesmo consenso que a ela dera origem. Todavia, o [RTD CC/2002](#) mitiga a rigidez contratual ao adotar a teoria da imprevisão, desenvolvida na França após a 1.º Grande Guerra Mundial, com o ressurgimento da cláusula medieval *rebus sic stantibus*. *A resolução contratual pela onerosidade excessiva requer a coexistência de três pressupostos:* a) *Estipulação de um contrato de duração.* Trata-se de contrato de execução continuada ou diferida no tempo. Na execução sucessiva as prestações se fracionam em periodicidade regular (v.g., arrendamento mercantil, empreitada, promessa de compra e venda). Destarte, não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos instantâneos, nos quais há uma coincidência cronológica entre o tempo de celebração e a sua imediata execução (v. g., compra de alimentos em mercado). b) *Superveniência de acontecimento extraordinário que gere onerosidade excessiva para uma das partes.* O contrato iniciou com respeito ao sinalagma genético, porém uma situação de desequilíbrio econômico irrompeu, transformando drasticamente o panorama contratual. Perceba-se que não se trata de pequenas alterações - que já se inserem nos riscos ordinários das partes -, afinal com toda relação obrigacional pequenas; perdas são naturais e se inserem na álea ordinária das partes. *O fundamental é que o fato superveniente remeta um dos contratantes ao chamado limite do sacrifício, que corresponde a um brutal rompimento da equivalência originária do pacto.* A onerosidade excessiva é restrita ao campo dos contratos comutativos, consubstanciados no prévio conhecimento mútuo das prestações que serão executadas. Assim, afasta-se a sua incidência nos contratos aleatórios (arts. 458 e 459 do CC), em que incide uma incerteza quanto às prestações das partes - ou sobre a sua quantidade -, não sendo possível prever sobre qual delas recairá a álea. c) *O acontecimento extraordinário será qualificado por sua imprevisibilidade.* A teoria da imprevisão é de cunho subjetivo, na medida em que a admissão da resolução contratual é condicionada à demonstração de que ao tempo da contratação havia total impossibilidade de as partes anteverem o evento extraordinário que conduziria uma delas à onerosidade excessiva, frustrando a justa expectativa no êxito do programa contratual. *Com efeito, a imprevisibilidade remete à teoria da vontade, pela qual o aspecto psicológico do declarante - e não o teor da declaração - determinará se o evento poderia ou não ser previsto e, assim, será determinado se o fato superveniente for fruto de sua negligência ou merecer intervenção do ordenamento jurídico.* Porém, o artigo em comento vai além da teoria da imprevisão. Para a resolução contratual exige-se que o fato superveniente acarrete não só enorme desvantagem para uma das partes como ainda extrema vantagem para a outra. A inclusão desse conceito jurídico indeterminado dificulta a aplicação do modelo jurídico, pois não é raro que a desgraça de uma das partes não corresponda ao enriquecimento injustificado da outra. Vale dizer que é frequente ouvir que um dos contratantes se arruinou em decorrência da onerosidade excessiva e a outra parte se manteve na mesma situação - ou até mesmo experimentou pequenas perdas -, mas é difícil que tenha obtido um ganho inversamente proporcional às perdas do parceiro contratual. Aliás, mesmo havendo ganho injustificado, há que lembrar a dificuldade da obtenção de provas em tal sentido. Em sentido diverso, o [RTD CDC](#) adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico, dispensando a discussão o sobre a previsibilidade do evento, sendo suficiente a alteração das circunstâncias mínimas que representam a finalidade do contrato. Com efeito, o art. [6.º, V, do RTD CDC](#) requer para a revisão contratual de relações alicerçadas em ofertas de produtos e serviços simplesmente a circunstância da onerosidade excessiva em detrimento do aspecto subjetivo da vontade do declarante. Nas relações consumeiristas é suficiente a constatação pelo juiz do desaparecimento dos fatores sociais e econômicos existentes ao tempo da contratação e indispensáveis à economia do negócio jurídico. Por fim, andou bem a norma ao retroagir os efeitos da sentença à data da citação e não à da própria celebração do contrato, tendo em vista a ausência de motivação para que o desfazimento da obrigação alcance as finalidades comuns obtidas na época com que ainda não havia se manifestado a onerosidade excessiva. Ademais, há o ônus do interessado em promover a demanda resolutória, pois enquanto não o fizer, por mais que evidenciada

a situação aflitiva, não será esse período de inércia coberto pelos efeitos retroativos da sentença desconstitutiva." (Rosenvald, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406 de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1961. Coordenador César Peluso, 7. ed., rev. e atual., São Paulo: Manole, 2013. p. 530/532).*

As jornadas de Direito Comercial e Direito Civil do Conselho da Justiça Federal produziram os seguintes enunciados sobre a onerosidade excessiva regulamentada pelo art.  478 do  Código Civil:

"Enunciado 25 Jornada I DirCom CJF: *'A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.'*

Enunciado 175 Jornada III DirCiv CJF: *'A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no CC 478, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz'.*

Enunciado 176 Jornada III DirCiv CJF: *'Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o CC 478 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual'.*

Enunciado 365 Jornada IV DirCiv CJF: *'A extrema vantagem do CC 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena'.*

Enunciado 366 Jornada IV DirCiv CJF: *'O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação'.*"

É mais do que óbvio que aquela que já vem sendo considerada maior crise econômica da história do Brasil tem o potencial para desequilibrar diversas relações contratuais, vez que a mesma certamente traz condições de mercado bastante díspares das que eram verificadas antes de sua materialização.

Instalada a atual crise, a deterioração da saúde econômica do país não só foi rápida como trouxe condições radicalmente diferentes dos períodos que a antecederam (alguns até de bonança e pujança econômica), de modo que é razoavelmente incontestável que o espectro e a amplitude da atual crise eram imprevisíveis (por mais que a própria crise em si talvez não o seja) autorizando assim, verificada a onerosidade excessiva a aplicação do art. 478 do CC.

Neste cenário, cabe aos bancos públicos levarem em consideração o art. 478 do CC, se não para promover a resolução dos contratos dos devedores em dificuldades financeiras, mas para promover sua revisão, conforme inclusive prevê o art. 479⁸ do CC.

Em sede administrativa, por iniciativa própria ou mediante provocação, os bancos públicos devem atentar para os casos onde seus contratados estejam submetidos a onerosidade excessiva em virtude dos efeitos da crise econômica para propor e posteriormente promover a revisão dos contratos dos seus clientes em dificuldade.

Em sua busca pelo desenvolvimento nacional e o pleno emprego cabe ao Estado, por meio dos seus bancos oficiais, garantir o equilíbrio das relações contratuais e possibilitar que a onerosidade excessiva não seja mais um componente de adversidade a se somar aos que já acompanham a crise econômica.

5. A necessária observância do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais: esforço do banco público para ajudar o cumprimento dos contratos apesar das dificuldades impostas pela crise econômica

O art. 422 do CC garante a necessidade de observância, por parte dos contratantes, quando da execução e conclusão do negócio jurídico, da observância do princípio da boa-fé objetiva:

"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os

princípios de probidade e boa-fé."

A expressão "boa-fé", utilizada pelo  [Código Civil](#), é, por sua vez, definida pela doutrina da seguinte maneira:

"Há que salientar que existem duas acepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. O princípio da boa-fé objetiva - circunscrito ao campo do direito das obrigações - é o objeto de nosso enfoque. Compreende ele um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. Em sentido diverso, a boa-fé subjetiva não é princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito, que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. Localiza-se como atributo qualitativo de posse (art. 1.201 do CC) e requisito da usucapião ordinária (art. 1.242 do CC); também como elemento de apreciação de indenização de acessões e benfeitorias (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, *o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade*, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão. Por isso, *a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo regras de correção*, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social. O princípio da boa-fé atuará como modo de enquadramento constitucional do direito das obrigações, *na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito negocial.* (...) O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Os deveres principais da prestação constituem o núcleo dominante, a alma da relação obrigacional. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato. Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela. *Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra.* Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo" (Rosenvald, Nelson.  [Código Civil Comentado](#). Coord.: Cezar Peluso, São Paulo: Manole, 2007. p. 421/422).

Por seu turno, Maria Helena Diniz leciona sobre o princípio da probidade e da boa-fé o seguinte:

"O princípio da probidade e o da boa-fé objetiva estão ligados não só à interposição do contrato, pois segundo eles, o sentido literal, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que *as partes têm o dever de agir com honradez, denodo, lealdade, honestidade e confiança recíprocas, isto é, proceder de boa-fé tanto na tratativa negocial, formação e conclusão do contrato como em sua execução e extinção, impedindo que uma dificulte a ação da outra.* A boa-fé subjetiva é atinente ao fato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico. E a *boa-fé objetiva*, prevista no artigo *sub examine*, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (*integridade de caráter*), proibindo comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente. 'A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts.  187 e  422 do  [Código Civil](#)' (Enunciado 362 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil). Ressalta-se que, em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpas. Esse artigo não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós contratual. 'A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato'

(Enunciado 170 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*). A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes, incompatível com conduta abusiva, tendo por objetivo gerar, na relação obrigacional, a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição de riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa. E, na interpretação da cláusula geral de boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do [Código Civil](#) e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos (Enunciados 24, 25, 26 e 27, aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). Para Miguel Reale a boa-fé é condição essencial à atividade ético-jurídica, caracterizando-se pela probidade dos seus participantes. A boa-fé, continua ele, é forma de conduta e norma de comportamento, sendo ainda, na lição de Judith Martins-Costa, um 'cânone hermenêutico integrativo do contrato; como norma de criação de deveres jurídicos e como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.' O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar agravamento do próprio prejuízo (Enunciados 168 e 169 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*). *Íntima é a relação do princípio da boa-fé objetiva com o da probidade, que requer honestidade no procedimento dos contratantes e no cumprimento das obrigações contratuais.* 'Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação' (Enunciado 363 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*).'' (Diniz, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 363/364).

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes lecionam sobre as acepções do termo "boa-fé" contida no art. [422](#) do [Código Civil](#) e as suas respectivas funções:

"A noção de boa-fé é ambivalente, comportando a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Como princípio aplicável ao direito contratual, o preceito em análise cuida da boa-fé objetiva. A distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva não suscita divergência. A boa-fé subjetiva relaciona-se com o estado de consciência do agente por ocasião de um dado comportamento. Referida em diversos dispositivos legais, como é o caso do art. 1.201 do CC, consiste no desconhecimento de um vício, relativamente ao ato jurídico que se pratica ou à posse que se exerce. *Já a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial.* No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato. Daí se afirmar que a boa-fé subjetiva 'mais não representa do que um elemento constitutivo da previsão de uma norma, funcionando, pois, como um pressuposto de facto da sua aplicação', ao passo que *a boa-fé é a própria norma, fonte direta de deveres de conduta exigíveis quer do devedor quer do credor no âmbito da relação obrigacional* (Rui de Alarcão. *Direito das Obrigações*. p. 91). Sob a perspectiva constitucional, a boa-fé decorre de 'quatro princípios fundamentais para a atividade econômica, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa humana (art. [1.º, III](#), [CF](#)); 2. O valor social da livre iniciativa (art. [1.º, IV](#), [CF](#)); 3. A solidariedade social (art. [3.º, I](#), [CF](#)); IV. A igualdade substancial (art. [3.º, I](#), [CF](#))', vinculados diretamente à dicção do art. [170](#), [CF](#), de modo a enfatizar 'o significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos da ordem constitucional' (Gustavo Tepedino. *Crise de fontes normativas*. p. XXXII. V. também Leonardo Mettietto. *O direito civil-constitucional*. p. 163 e ss.). *A boa-fé contratual traduz-se, pois, na imposição aos contratantes de um agir pautado pela ética da igualdade e da solidariedade.* Ao perseguir seus interesses particulares, devem as partes de um contrato conferir primazia aos objetivos comuns e, se for o caso, às relações existenciais sobre as patrimoniais, e à preservação da atividade econômica em detrimento da vantagem individual. Em vez de um indivíduo tomado em si e por si, cuja liberdade se considerava bem supremo e intocável, a tutela da pessoa, instituída pelo sistema constitucional, atribui ao direito contratual novos deveres, *qualificando-se o contrato como um instrumento de realização de objetivos que só merecem proteção jurídica se e enquanto estiverem de acordo com os valores da sociedade.* Na base do projeto constitucional está a construção de uma sociedade mais justa e solidária ([CF](#), art. [3.º, I](#)), atribuindo-se ao direito contratual, por meio de princípios como a boa-fé, papel fundamental nesta direção. A fim de contornar a excessiva amplitude do princípio, a doutrina procura

dar conteúdo mais preciso à boa-fé objetiva por meio da identificação de três funções: i) cânon interpretativo-integrativo; ii) norma de criação de deveres jurídicos; e iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. A referida tripartição funcional, inspirada nas funções do direito pretoriano romano, foi modernamente sugerida por Franz Wieacker (*El principio general de buena fe*. p. 50, invocando Boehmer), que se refere à atuação do § 242 do BGB em três funções: *iuris civilis adiuvandi, supplendi o corrigendi gratia*. (...) *Como regra de interpretação, o recurso ao princípio da boa-fé serve para melhor especificar a finalidade do acordo à luz das circunstâncias concretas que o caracterizam*. (...) Como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé dá origem aos chamados 'deveres laterais', também conhecidos como acessórios, ou ainda secundários, em razão de não se referirem direta e primordialmente ao objeto central da obrigação. Ao se exigir dos contratantes, quer na conclusão, quer na própria execução do contrato, 'guardem os princípios da probidade e boa-fé', o CC, muito mais do que apenas exigir um dever geral de não prejudicar, autoriza a imposição de uma série de deveres de conduta mutuamente exigíveis entre os contratantes e que independem da vontade de um e de outro. (...) No que toca à sua terceira função, o princípio da boa-fé combina-se com a teoria do abuso de direito para impor restrições ao exercício de direitos subjetivos. Nesse sentido, a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares (v. comentário ao art. 187). Nesses casos, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua conformidade com a boa-fé e, como tal, deixa de merecer a tutela do ordenamento jurídico. Em tal contexto, faz-se referência ao princípio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua acepção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial. 'De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos' (Anderson Schreiber. *A proibição do comportamento contraditório*. p. 90)" (Tepedino, Gustavo; Barboza, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de.  [Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República](#). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 16/20).

Nelson Nery Junior, em seus comentários acerca do art.  422 do  [Código Civil](#), destaca a obrigatoriedade de a cláusula geral de boa-fé objetiva ser respeitada pelos contratantes como um verdadeiro padrão de conduta:

"É cláusula geral (v. coments. Prelim. CC 1.º), ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurígena assim como a lei e outras fontes. *É fonte jurígena porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes. Com isso a norma do CC 422 classifica-se, também, como regra de conduta* (Martins-Costa. *Boa-fé*. p. 412), seguindo, nesse passo, o direito italiano (CC ital. 1175 e 1337). Deixou de ser princípio geral de direito porque incluída expressamente no texto do direito positivo brasileiro. A cláusula geral de boa-fé objetiva é norma jurídica que, entretanto, possui características próprias que a distinguem de outras normas jurídicas positivas. É uma ordem geral da lei ao juiz para que profira sentença, observando a lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes, ou que simplesmente possa agir mediante juízo lógico de subsunção. Essa norma (cláusula geral de boa-fé objetiva) se diferencia das outras regras de direito positivo somente por duas circunstâncias: a) primeiro por intermédio de sua indeterminação (daí porque cláusula geral); e b) pela referência não aos preceitos positivos, mas a mandamentos (lealdade e boa-fé) ou critérios (usos e costumes) sociais e metajurídicos (Wieacker. *Präzisierung*. p. 10). *A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva*. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurígena criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. É interessante a definição de Betti para a boa-fé: 'Essa é essencialmente fidelidade e empenho de cooperação' (Betti. *Neg. giuridico*. p. 77 '*Essa è essenzialmente fedeltà e impegno di cooperazione*'). (...) *As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações)*. (...) estão compreendidas no CC 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado (v. CC 462). Com isso os entabulantes -

ainda não contratantes - podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formulação do contrato (responsabilidade pré-contratual) e os ex-contratantes - o contrato já se findou pela sua execução - também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)." (Nery Junior, Nelson. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 480/481).

Attila de Souza Leão Andrade Jr. classifica a cláusula geral de boa-fé prevista no art. 422 do CC (donde se extrai também a ideia de respeito ao princípio da probidade) como inerente ao próprio trato comezinho mantido entre os componentes de uma mesma sociedade, trato este que deve ser marcado pela fidúcia/confiança, sob pena de desnaturar-se o objetivo da vida em sociedade que é o de respeitar o direito alheio e esperar que o seu próprio direito seja pelos outros respeitado:

*"As relações humanas estão sempre permeadas pelos princípios da probidade e da boa-fé. Estes são a cola que fazem aderir as relações humanas tornando-as palatáveis e possíveis no contexto da vida gregária. Costumamos sempre utilizar esta imagética aos alunos em classe, ao indagar que sem esses princípios a vida seria absolutamente infernal. Imaginem caso não pudéssemos confiar nos princípios da probidade e de boa-fé que fizeram que os fabricantes do automóvel o tivessem manufaturado com a máxima cautela e zelo profissional. Assim confiamos simplesmente nos fabricantes e fazemos diariamente nossos carros rolar pelas rodovias. Da mesma forma, confiamos nas empresas fabricantes e mantenedoras dos elevadores, e, sem pestanejar, diariamente nos fazemos por eles transportar para os nossos escritórios ou a quaisquer outras destinações citadinas. Ou, ainda o mesmo princípio que nos permite fazer uma operação cirúrgica, ou simplesmente fazer a barba, confiamos, simplesmente confiamos, em que as pessoas que conduzam tais operações sejam probas e sanas em se utilizando do princípio da boa-fé e não irão nos prejudicar ou lesionar. Assim é que o art. 422 estabelece que os contratantes, ao celebrarem os contratos e na sua execução, devam guardar a observância a tais princípios. São deveres primários que inspiram os homens desde tempos imemoriais, aqueles que nos obrigam a ser decentes e honestos uns com os outros, aqueles a que os romanos já intuía nas fórmulas *naeminem laedere* e os que proibiam as pessoas de enriquecerem sem causa. Neste aspecto, há no direito, inexoravelmente, a ideia do ético, do moral e do justo, obrigando-nos a utilizar desses princípios que não estão nos livros, mas nos corações dos homens."* (Andrade Junior, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III: Dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 4).

Como visto a boa-fé objetiva estabelecida no art. 422 do CC traduz a obrigatoriedade de as partes contratantes atuarem sob um padrão ético que pressupõe um regime de cooperação, onde cada parte colaborará para o devido cumprimento do contrato.

É certo, portanto que, em épocas de crise econômica, quando os bancos estatais renegociam as dívidas dos seus clientes, concedem-lhes mais prazo para pagamento e promovem desconto nos juros estão possibilitando aos seus contratantes o cumprimento dos contratos outrora celebrados.

Manifesta-se como expressão da boa-fé objetiva a adoção de medidas proativas por parte dos bancos estatais para evitar o superendividamento e a asfixia financeira dos seus clientes, já que tais medidas são em última análise instrumentos para garantir o cumprimento dos contratos.

Inobservada a boa-fé objetiva, corre o banco estatal o severo risco de não ter seus contratos adimplidos, pois mantendo-se inerte na crise econômica e não dando apoio aos seus clientes em momentos de dificuldade não estará a instituição financeira atuando de forma leal para o devido cumprimento do contrato.

6. Duty to mitigate the loss: a necessidade de os bancos estatais negociarem as dívidas para consigo como forma de mitigarem seus próprios prejuízos

Citando a professora Véra Maria Jacob de Fradera, Daniel Pires Novais Dias leciona o seguinte acerca da recepção do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro:

"Fradera defende ser possível esta recepção por meio do princípio da boa-fé previsto no art.  [422](#) do  [CC/2002](#): *o duty to mitigate the loss corresponderia a um dever acessório de mitigar a (própria) perda*. Além desta via, Fradera menciona, sob a influência da jurisprudência francesa, ser também possível a recepção com base

na proibição de *venire contra factum proprium* e no abuso de direito." (Dias, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin). Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos. vol. 3. São Paulo: Ed RT, 2011. p. 685).

E no que consiste o *duty to mitigate the loss*? Flávio Tartuce oferece a resposta:

"*Trata-se do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo.* Sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado 169 CJF/STJ na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual '*O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*'. A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC. Anote-se que o Enunciado 169 CJF/STJ está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, no sentido de que 'A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída'. Para a autora da proposta, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes. A ilustrar a aplicação do *duty to mitigate the loss*, ilustre-se com o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, há um dever por parte do locador de ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos. O mesmo argumento vale para os contratos bancários e financeiros em que há descumprimento. Segundo a interpretação deste autor, já aplicada pela jurisprudência, *não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim agir, como consequência da violação da boa-fé, os juros devem ser reduzidos* (nesse sentido, ver: TJMS, Acórdão 2009.022658-4/0000-00, Campo Grande, 3.^a T., rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, *DJEMS* 24.09.2009. p. 12 e TJRJ, Apelação Cível 0010623-64.2009.8.19.0209, Nona Câmara Cível, Apelante: Paulo Roberto de Oliveira, Apelado: Banco de Lage Landen Brasil S.A, Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva, j. junho de 2011; o último, com citações a esta obra)." (Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 451/452).

O *duty to mitigate the loss*, conforme leciona Daniel Pires Novais Dias, é um dever acessório que decorre do princípio da boa-fé objetiva:

"*Os fundamentos jurídicos elencados pela doutrina brasileira para recepcionar o duty to mitigate the loss são: dever acessório, abuso de direito, venire contra factum proprium e supressio. (...) O principal fundamento de recepção do duty to mitigate the loss defendido pela doutrina brasileira é o de dever acessório.* Esta tese parte da noção de que o princípio da boa-fé, positivado no art. ^{RTD} 422 do ^{RTD} CC/2002, impõe às partes contratantes deveres acessórios de cooperação ou lealdade entre si. O *duty to mitigate* é encarado como uma concretização desta noção de cooperação, uma vez que impõe a uma das partes conduta voltada a evitar a oneração da prestação da outra. Assim, sob esta perspectiva, trata-se o *duty to mitigate the loss*, no direito civil brasileiro de um *dever acessório de mitigar a (própria) perda. (...) em uma relação obrigacional decorrente do acordo de vontades, o dever acessório que recai sobre ambas as partes de não onerar nem complicar a atuação da outra tem por fundamento o próprio acordo de vontades por elas firmado e tem por finalidade acautelar e substancializar a prestação contratada; assim, o credor que onera ou complica a atuação do devedor está se voltando contra o que foi por ele pactuado, bem como contra o equilíbrio das prestações.*" (Dias, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin). Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos, vol. 3, São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 708 e 711).

No Brasil, o *duty to mitigate the loss* tem encontrado grande aplicação junto aos bancos, conforme se vê a seguir:

"Os *contratos bancários* são a principal fonte da doutrina para criar exemplos de aplicação do *duty to mitigate*. *Afirma-se, em geral, que as instituições financeiras, mormente 'diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual', não podem permanecer inertes em face do inadimplemento contratual, devendo adotar medidas para minimizar o próprio prejuízo*" (Dias, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin). Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos, vol. 3. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 686).

Resta óbvio que o banco público não pode assistir passivamente o endividamento dos seus clientes sob pena de os mesmos se inviabilizarem economicamente e não quitarem as dívidas com o banco.

No severo período de crise econômica que aflige o país, o caráter estatal dos bancos públicos deve ser ressaltado, já que ações governamentais para combater os efeitos da crise passam por evitar prejuízos, algo que é ínsito ao *duty to mitigate the loss*.

7. Conclusão

Diante de uma crise econômica que já é considerada a maior da história, associada a uma crise política que culminou num processo de *impeachment* da Presidente da República, em que não há previsão acerca da extensão e da natureza de todos os seus efeitos, vislumbra-se como crucial uma atuação ostensiva do Estado para, dentro dos limites legais, intervir na economia e tentar mitigar a recessão, a inflação, o fechamento de empresas e o desemprego.

Mantendo-se inerte num momento de tamanha gravidade, perde o Estado inclusive a legitimidade para sua própria existência, pois o mesmo tem o dever de conseguir acolher seus administrados em períodos de crise.

Os bancos estatais devem obrigatoriamente promover uma gestão social dos seus contratos, observando o princípio da preservação da empresa, os casos de onerosidade excessiva, o princípio da boa-fé e o *duty to mitigate the loss*, sob pena de negarem seu papel de instrumentos de ação governamental do Estado na busca do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades e do pleno emprego.

Referências

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III: dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de regulação da economia. *RDM* 122/38-47. Apud Tavares, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Curso de direito administrativo econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo et. al). vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin), Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos. vol. 3. São Paulo: Ed. RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no  [Código Civil](#) brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. *Dos Contratos* (org. Alyson Rodrigo Correia Campos et. al). Recife: Editora Nossa Livraria, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin), Coleção doutrinas essenciais -Obrigações e contratos. vol. 3. São Paulo: Ed RT, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil comentado* (livro eletrônico baseado na 11. ed. impressa). São Paulo: Ed RT, 2014.

_____. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PEREIRA, Lutero de Paiva. Breve abordagem sobre a administração econômica do Estado. *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo et. al). vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975, vol. 2. p. 250. Apud Pacheco, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenador: Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406 de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1961*. Coordenador César Peluso. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. A reforma do Estado e empresas estatais. *Direito Administrativo Econômico* (coord. Carlos Ari Sundfeld). 1. ed., 3.^a tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de.  [Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República](#). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pesquisas do Editorial

- A COMPROVAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: UMA NOVA REFLEXÃO A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA, de Fernanda Mara Gibran - RDC 63/2007/27
- CONTRATO DE CRÉDITO CONSIGNADO E SUA REVISÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA, de Ricardo Canan - RDC 95/2014/147
- CRÉDITO, INADIMPLÊNCIA E OS DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NOS CONTRATOS BANCÁRIOS, de Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira - RDC 102/2015/195



MIGALHAS DE PESO

PUBLICIDADE

Covid-19 e a (in)justificada recusa à revisão contratual

Cristiano Falcão Martins

O ponto de partida para investigação da necessidade, ou não, de revisão deve sempre ser o contrato. Isto é, deve se evitar o abstracionismo de considerar que, apenas pelo fato de a pandemia ser um evento, a rigor, imprevisível, automaticamente todo e qualquer contrato se tornou passível de revisão contratual.

quarta-feira, 29 de abril de 2020





A pandemia do vírus covid-19 reavivou o debate generalizado sobre as teorias de revisão de contratos. E não é por menos. Suas consequências, ou das medidas sócio sanitárias implementadas pelas autoridades para contê-la, afetam diferentes setores da economia local e global. Sendo o contrato instrumento geral de formalização de transações e transferência de recursos, a subsistência dos negócios nele encerrados atrai os holofotes jurídicos num cenário de crise pandêmica.

O ponto de partida para investigação da necessidade, ou não, de revisão deve sempre ser o contrato. Isto é, deve se evitar o abstracionismo de considerar que, apenas pelo fato de a pandemia ser um evento, a rigor, imprevisível, automaticamente todo e qualquer contrato se tornou passível de revisão contratual¹.

A revisão contratual no direito civil tem como principais fundamentos os artigos 317 e 478. Embora ambos sejam arestas de um mesmo vértice (a cláusula rebus sic standibus), representam, segundo a doutrina, teorias revisionais distintas² e, por consequência, cada dispositivo tem requisitos e efeitos diversos.

O pedido fundado no artigo 317³ objetivaria reajustar o valor da prestação que tivesse se tornado manifestamente desproporcional por ocasião de seu cumprimento em decorrência de motivo imprevisível. Como requisitos: (I) a prova da desproporção manifesta e (II) a relação causal entre esta e o motivo alegado imprevisível⁴.

Por sua vez, a argumentação com base do artigo 478⁵ se destinaria a resolver o contrato diante da extrema dificuldade de cumpri-lo sem grandes prejuízos. Como requisitos, (I) a prova do agravamento do sacrifício econômico a ser suportado pelo devedor⁶; (II) a manifesta vantagem para a outra parte⁷; (III) a relação causal desses dois requisitos com o fato extraordinário e imprevisível.

Apesar das diferenças teóricas e práticas, o profícuo estudo empírico publicado por Rafael Mansur de Oliveira⁸ demonstra que os tribunais empregam os artigos 317 e 478 como um amálgama. Retrato da compreensão geral de que o [Código Civil](#) permite a revisão contratual por fato superveniente diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva⁹.

O escopo resolutivo da onerosidade excessiva esculpida no artigo 478 é precedido pela revisão contratual, se possível. Apenas não sendo viável preservar o contrato decreta-se a resolução. Isto porque, dá-se prevalência ao princípio da conservação dos negócios jurídicos. É o que se infere do [enunciado 176](#), da Jornada de Direito Civil da CJF¹⁰, por exemplo.

O princípio da conservação dos contratos¹¹, portanto, denota a opção de assegurar, tanto quanto possível, o alcance da função social e econômica do negócio, ainda que em termos diferentes dos originalmente avençados, desde que, obviamente, se não desnature a finalidade contratual pretendida¹².

Nesse conceito de preservação, a antiga concepção do artigo 317 - limitada, quando da elaboração do projeto do Código Civil, a corrigir prestações diante do fenômeno inflacionário, - foi superada pela interpretação ampliada conduzida pela doutrina e jurisprudência. Reconheceu-se no dispositivo a autorização para revisão judicial dos contratos acometidos por onerosidade excessiva (desproporção manifesta da prestação quando da execução)¹³.

A atualização do conteúdo normativo à nova realidade social serviu para suprir omissão do próprio Código Civil que, ao regular a onerosidade excessiva no artigo 478, relegava ao contratante prejudicado apenas a possibilidade de resolver o contrato¹⁴, em que pese os tribunais há muito já o permitissem postular a revisão judicial¹⁵.

Diante do desequilíbrio contratual por fato superveniente e imprevisível, a postulação, pelo contratante prejudicado, de revisão, com alteração do valor da prestação, ou analogicamente de outras circunstâncias envolvidas no pagamento, portanto, se consolidou como solução permitida pelo ordenamento.

Todavia, sem embargo da reconhecida possibilidade de o contratante prejudicado propor ação visando o reequilíbrio contratual, e da prevalência da preservação dos contratos, não se pode desprezar a autonomia da vontade do contratante não prejudicado que, ao ter concebido o ajuste de interesses sob determinadas premissas e avaliações, agora se vê na iminência de lhe ser imputado algo diferente daquilo que havia se disposto.

Nesse sentido, os princípios da identidade e indivisibilidade da prestação contidos nos artigos 313 e 314¹⁶ encerram disposições que conferem ao credor o direito de recusar "receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa" e "nem a receber por partes, se assim não se ajustou".

Se quando do cumprimento da prestação o devedor percebeu que contratou mal e terá alguma desvantagem originalmente desconsiderada, não pode querer impingir ao credor aceitar prestação diversa para compensar a própria falha na prévia avaliação do negócio, por exemplo, sob pena de frontal violação à autonomia da vontade do outro contratante.

Ainda assim, não se pode perder de mira que, se por um lado a pretensão revisional não deve servir ao contratante supostamente prejudicado que enxergou na revisão do contrato uma forma de tentar otimizar vantagens/reduzir custo, de outro, a recusa injustificada do contratante não prejudicado, em situações de imprevisibilidade, pode se afigurar igualmente abusiva, igualmente oportunística.

E se não há direito absoluto, os artigos 313 e 314, portanto, comportam exceções, v.g, nos casos em que seja impossível efetuar a prestação conforme pactuada originalmente¹⁷, ou, naqueles em que, por motivos supervenientes e imprevisíveis, a prestação se afigure manifestamente desproporcional ou excessivamente onerosa¹⁸.

Se há preferência sistêmica por preservar contratos quando possível¹⁹, ao invés de permiti-los a quebra indistintamente, pode se dizer que o contratante não prejudicado tem o ônus de em demonstrar porque a opção pela resolução é mais adequada nas hipóteses em que o outro contratante postula o reequilíbrio contratual.

Não se trata de impor ao credor os termos pretendidos pelo devedor, mas sim de reconhecer a necessidade de que a recusa à revisão, ou mesmo à recusa a formular proposta mais equilibrada do que aquela sugerida pelo autor da ação, seja precedida de fundamentação coerente, plausível, acompanhada de evidências, e, portanto, que não esteja limitada à construção egoística de "recuso porque tenho o direito de recusar".

Isto porque, não se admite o exercício de posição jurídica despropositada²⁰, assim considerada aquela que exceda os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (art. 187, CC²¹). O voluntarismo oitocentista foi há muito superado, dando lugar ao controle dos excessos da liberdade individual por meio da vedação ao abuso de direito, função restritiva da boa-fé objetiva²².

Mutatis mutandis, a situação se equipara ao credor que alega, diante da mora do devedor, que a prestação perdeu a utilidade e exige a indenização por perdas e danos.

Nessa hipótese, a doutrina se posiciona no sentido de que a inutilidade da prestação que justifica a recusa por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor²³.

A utilidade está diretamente ligada à causa do contrato. Se o comportamento do devedor, e, ao que interessa a estas linhas, o pedido revisional do "contratante prejudicado", é capaz de alcançar os efeitos essenciais pretendidos pelas partes, isto é, se ainda é possível concretizar o "para quê" ²⁴ o contrato foi originado, não haveria justo motivo para enjeitá-

lo, eis que a causa concreta independe e não se confunde com a satisfação íntima do credor²⁵.

Logo, também na hipótese de ação de revisão contratual proposta pelo contratante prejudicado, o outro contratante não pode, de fato, ser obrigado a aceitar a revisão, mas deve fundamentar o exercício do direito de recusa de modo a demonstrar que nem mesmo com a pretendida revisão será possível assegurar o alcance dos interesses efetivamente perseguidos com o regramento contratual (causa em concreto), ou que a modificação da avença lhe imporá prejuízos reais.

Diante do crítico cenário social e humanitário, de uma iminente recessão econômica global e do provável aumento do número de processos judiciais voltados a discutir os impactos da pandemia (ou de suas consequências) no equilíbrio econômico-financeiro dos mais variados contratos, não há espaço para oportunismo. Agora, mais do que nunca, a todos é imperativo reprimir comportamentos egoísticos e contrários à boa-fé.

¹ Há, nos dois casos, um erro metodológico grave, que se tornou comum no meio jurídico brasileiro: classificar os acontecimentos em abstrato como "inevitáveis", "imprevisíveis", "extraordinários" para, a partir daí, extrair seus efeitos para os contratos em geral. Nosso sistema jurídico não admite esse tipo de abstração. O ponto de partida deve ser sempre cada relação contratual em sua individualidade. É preciso, antes de se qualificar acontecimentos em teoria, compreender o que aconteceu em cada contrato" (SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional). Disponível [clikando aqui](#). Consulta em 12.04.20, às 17h40min

² "(...) o art. 478 adere à teoria da imprevisão - originária do direito francês -, pois, além da imprevisibilidade do evento, requer a extraordinariedade da álea, com a demonstração dos efeitos ruinosos do fato superveniente na situação subjetiva do credor. Em contrapartida, o art. 317 aproxima-se da teoria da excessiva onerosidade do direito italiano, eis que substitui a ideia do fato extraordinário pela desproporção manifesta entre as prestações. Trata-se de aferição objetiva do superveniente desequilíbrio, estranho às partes, que não poderia ser legitimamente esperado e resultou em excessiva onerosidade e grande sacrifício a um dos contratantes, sem que se precise prescrutar a situação subjetiva dos envolvidos. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: obrigações. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017, p; 449).

³ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁴ Enunciado 17 da I Jornada de Direito Civil do CJF: "A interpretação da expressão 'motivos imprevisíveis' constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis".

5. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

6. A rigor, a onerosidade excessiva se examina pela ótica objetiva (desequilíbrio entre as prestações), não subjetiva (características pessoais do contratante ou eventos que afetassem exclusivamente sua esfera individual). É o que prevalece na doutrina. MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 305; GOMES, Contratos, cit., pp. 214- 215; WELTON, Nelly Maria Potter. Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil Conforme Perspectiva Civil-Constitucional, cit., p. 127; RENNERT, Rafael. Novo Direito Contratual, cit., p. 291.

7. Enunciado 365, IV Jornada de Direito Civil CJF: A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

8. OLIVEIRA, Rafael Mansur de. Um panorama jurisprudencial da onerosidade excessiva. Revista Fórum de Direito Civil - RFDC, Belo Horizonte, ano 7, n. 17, p. 11-44, jan./abr. 2018.

9. TARTUCE, Flavio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 230.

10. Enunciado 176, III Jornada de Direito Civil CJF: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

11. O princípio informa diferentes dispositivos do Código Civil, como o parágrafo único do art. 157, artigo 170, artigo 480, o artigo 620, o artigo 770, etc.

12. MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro, cit., p. 167; FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos Contratos, cit., p. 144.

13. SCHREIBER, Anderson. Fundamentos do direito civil: obrigações. Vol. 2. Organização Gustavo Tepedino, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 224.

14. Ob. cit. p. 225.

15. No artigo mencionado na nota nº 9, Rafael Oliveira Mansur cita, dentre outros, acórdão do STF de 1964, no qual se deu provimento a recurso extraordinário para julgar procedente ação ordinária de reajustamento de preço de obra, fundamentando a decisão na teoria da imprevisão (STF, 1ª T., RE 55.516/GB, Rel. Min. Cândido Motta, j. 30.4.1964).

16. Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

17 SCHREIBER, Anderson. Fundamentos do direito civil: obrigações. Vol. 2. Organização Gustavo Tepedino, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 217.

18 Da mesma maneira, o princípio da identidade ou correspondência do pagamento será relativizado nas hipóteses de onerosidade excessiva, em que o magistrado determinará a revisão contratual em prol de uma das partes, aproximando a relação obrigacional do valor da igualdade substancial. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: obrigações. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017, p; 443)

19 "(...) [F]ica a conclusão de que o princípio da conservação contratual é um dos temas mais importantes do atual Direito Contratual, estando subentendido na função social dos contratos. (TARTUCE, Flavio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 242.)

20 "De todo modo, seja qual for a terminologia adotada, a previsão legislativa confere controle ao exercício de qualquer situação jurídica subjetiva em concreto (não apenas direitos subjetivos ou potestativos, mas também poderes, faculdades e assim por diante)". SCHREIBER, Anderson. Fundamentos do direito civil: obrigações. Vol. 2. Organização Gustavo Tepedino, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 44.

21 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

22 "No que tange à segunda função indicada, a boa-fé atua como limite negativo ao exercício de direitos, de modo a impedir o exercício irregular ou abusivo de direitos. (...) [A]dmitindo-se critério objetivo para sua aferição, mediante o emprego de três conceitos substantivos expressamente eleitos pelo legislador para o controle das situações jurídicas subjetivas: o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes." SCHREIBER, Anderson. Fundamentos do direito civil: obrigações. Vol. 2. Organização Gustavo Tepedino, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 39 e 45.

23 Enunciado 162 da III Jornada de Direito Civil da CJF: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor. (Coordenador Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Coordenadores da Comissão de Trabalho: Antônio Junqueira de Azevedo e José Osório de Azevedo Jr.)

24 Para sabermos qual o fim do contrato, devemos responder à seguinte pergunta: para que o contrato serve? A finalidade não se identifica com o motivo, que é o porquê da contratação (causa impulsiva), não manifestado, individual, de foro íntimo do contratante. Os motivos traduzem aqueles interesses que não são apreciáveis, o que leva à tradicional afirmação da sua irrelevância. Quando queremos saber qual o motivo do contrato indagamos: por que o contrato foi celebrado? (...) O fato é que tanto a finalidade individual quanto os motivos da contratação são irrelevantes. Entretanto, a finalidade comum (a qual preferimos chamar de finalidade que integra o conteúdo do contrato, pois nem sempre é manifestada de forma expressa) e os motivos determinantes são interesses igualmente

apreciáveis" (COGO, Rodrigo Barreto. A frustração do fim do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 309-310).

25. SCHREIBER, Anderson. Fundamentos do direito civil: obrigações. Vol. 2. Organização Gustavo Tepedino, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 319.

 *Cristiano Falcão Martins é advogado pós graduando em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Litigation pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Migalhas

Atualizado em: 29/4/2020 11:23



LEIA MAIS



Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional

Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional.

EDITORIAS

Colunas

Eventos

Mercado de Trabalho

Migalhas Amanhecidas

Migalhas de Peso

Migalhas dos Leitores

Migalhas Quentes

Pílulas

TV Migalhas

SERVIÇOS

Autores

Autores VIP

Catálogo de Escritórios

Correspondentes

Eventos Migalhas

Livraria

Precatórios

Webinar

ESPECIAIS

#covid19

dr. Pintassilgo

Lula Fala

Vazamentos Lava Jato

MIGALHEIRO

Central do Migalheiro

Fale Conosco

Apoiadores

Fomentadores

Perguntas Frequentes

Termos de Uso

Quem Somos

Arquivo

A REVISÃO CONTRATUAL POR EXCESSIVA ONEROSIDADE SUPERVENIENTE À CONTRATAÇÃO POSITIVADA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

*THE CONTRACTUAL REVISION FOR EXCESSIVE
INCIDENTAL BURDEN TO POSITIVE CONTRACTING
IN THE CONSUMER PROTECTION CODE FROM THE
CIVIL-CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE*

Fabiana Rodrigues Barletta¹

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: fabiana-barletta2@gmail.com

RESUMO: A fim de compreender a interpretação civil – constitucional da segunda parte do artigo 62, inciso V do CDC – que considera a excessiva onerosidade por motivos supervenientes à contratação motivo suficiente para revisar um contrato de consumo – constituiu-se um arcabouço teórico e metodológico para alcançar este objetivo. Assim, tratou-se da Constituição da República brasileira como um sistema unitário, afastando também a clássica dicotomia entre Direito Público e Privado. Após confrontar as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor com o Código Civil de 1916, constatou-se que a “vontade” do consumidor não se manifesta plenamente em contratos de consumo que são, em sua grande maioria, de adesão. Nesse sentido, o trabalho propõe uma visão objetivada do contrato possibilitando uma interpretação menos carregada de “voluntarismos” e “subjetivismo” e mais voltada para a sua finalidade social e também para as expectativas que as partes contratantes depositaram nele. As principais teorias desenvolvidas em torno da teoria da imprevisão também estão contidas neste trabalho que analisa as concepções de Windocheid e Karl Larenz para, ao final, entender que o código brasileiros de Defesa do Consumidor, embora recebendo influência de ambas, não acolhe nenhuma delas pois dispõe, pioneiramente, sobre a teoria da necessidade excessiva que dispensa o requisito da imprevisibilidade para rever o conteúdo de um contrato que, ao longo do tempo, se tornou excessivamente oneroso.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor, Código Civil

ABSTRACT: In order to understand the civil interpretation – constitutional of the second part of the article 62, section of CDC – which considers burden for posterior reasons contraction sufficient reason to revise a consumption

contract – it was constituted a theoretical and methodological framework to achieve the aim. Thereby, the Brazilian Republic Constitution was discussed as a unit system, withdrawing the classic dichotomy between Public and Private Law as well. After confronting the innovations brought by the Consumer Protection Code with the Civil Code of 1916, it was found that the consumer’s “will” is not expressed fully in consumption contracts which are mostly, of adhesion. In this sense, this work proposes an objective view of the contract by making possible an interpretation less loaded of voluntarism and objectivism and more focused on its social purpose and for the expectations that the contractors had about it. The main theories around the unpredictability theory are also in this work that analyzes Windocheid and Karl Larenz’s conceptions to, in the end, understand that although the Brazilian Consumer protection Code receives influence from both conceptions, it does not accept none of them because provides, firstly, for the excessive need theory that dismisses the unpredictability requirement to review the content of a agreement which, over time, became excessively burdensome.

KEYWORDS: Consumer Protection Code, Civil Code.

1. INTRODUÇÃO

A revisão contratual por excessiva onerosidade ocasionada por os supervenientes ao momento da contratação (artigo 6º, inciso V, 2ª. do Código de Defesa do Consumidor) será analisada de acordo com a hermenêutica civil-constitucional. De início, elegem-se quatro premissas básicas para a compreensão da análise do ordenamento jurídico como um sistema, a análise da Constituição da

República brasileira como um sistema unitário, a deficiência da clássica dicotomia entre Direito Público e Privado e o movimento de socialização do Direito Civil. Posteriormente, parte-se para a verificação das transformações ocorridas no Direito Civil brasileiro nos últimos séculos, através da análise comparativa entre a codificação brasileira de 1916 e o Código do Consumidor de 1990, dando ênfase ao revisionismo contratual não tratado na primeira e presente no segundo.

Em seguida, cogita-se a teoria da pressuposição de Bernardo Windscheid, nascedouro de todas as teorias que sustentam a modificação ou a resolução contratual com base na teoria da imprevisão. Investiga-se, também, a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, de Karl Larenz, que justifica a revisão ou resolução contratual através de critérios mais objetivos, como a quebra da relação de equivalência entre prestação e contraprestação ou a frustração da finalidade do contrato. Sustenta-se, por fim, que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro aproxima-se dos critérios presentes na teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico desenvolvida por Larenz, dando, contudo, passos adiante por não cogitar sobre previsibilidade ou a imprevisibilidade das circunstâncias excessivamente onerosas e supervenientes para possibilitar a revisão do pacto. Toda a argumentação desenvolvida nesse sentido tem amparo direto nos princípios constitucionais.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA METODOLOGIA ADOTADA

A metodologia adotada considera as normas constitucionais diretamente aplicáveis às relações jurídicas de direito civil, dando-lhes caráter

hermenêutico e fazendo delas critério de interpretação de toda a normativa infraconstitucional. Trata-se de uma modalidade de interpretação que dá maior respaldo à “força normativa da Constituição”¹, possibilitando ao juiz “considerar insubsistentes normas ordinárias contrárias ao texto maior, através do mecanismo do controle difuso de constitucionalidade”².

A interpretação do direito civil conforme os princípios e valores constitucionais confirma o caráter hierárquico superior da Constituição em face dos demais dispositivos presentes em um ordenamento jurídico. E o que é mais importante: a interpretação civil-constitucional permite que institutos tradicionais do direito civil sejam repensados numa ótica que sobreleva os valores e princípios positivados na Constituição³ e faz, portanto, com que o direito civil seja “efetivamente transformado pela normativa constitucional”⁴.

Essa metodologia apresenta-se, sobretudo, dotada de critérios científicos rígidos, e a argumentação que a sustenta é rigorosa, não permitindo, pois, que a formulação genérica do ditame constitucional conduza ao “cepticismo e à afirmação de que todas as possíveis interpretações devem ser consideradas rigorosas, válidas e fundadas”, como bem salienta Pietro Perlingieri⁵. Isto porque, além de se tratar de uma interpretação vinculada ao “dado normativo”⁶, não se prende apenas a determinado artigo, mas busca “a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”⁷. Trata-

1 Para a perspectiva da força normativa da Constituição, ler Konrad Hesse. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

2 Cf. Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. In: Revista de Direito civil. São Paulo, n. 65, p. 29, Jul./set. 1993.

3 Nesse sentido, Gustavo Tepedino. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13.

4 Cf. Maria Celina Bodin de Moraes. Op. cit., p. 29.

5 Pietro Perlingieri. Perfis do direito civil - Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 80.

6 Idem, p. 81.

7 Cf. Gustavo Tepedino. Op. cit., p. 13.

-se de uma interpretação sistemática da própria Constituição e também do ordenamento jurídico, que tem como normas fundamentais aquelas nela contidas. Partindo, pois, da premissa metodológica que entende que toda norma do ordenamento jurídico deva ser interpretada conforme os princípios e os valores constitucionais, chega-se à conclusão de que “a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar”⁸.

3. PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

3.1 Análise do ordenamento jurídico como um sistema

É importante ressaltar que esta metodologia, que entende as normas constitucionais diretamente aplicáveis às relações interprivadas, além de possuir critérios de interpretação para toda a legislação ordinária, tem como base a compreensão do ordenamento jurídico como um sistema que, como tal, deve ser interpretado harmonicamente.

Sabe-se que todo ordenamento jurídico é complexo, formado por diversas fontes normativas. Para que esse conjunto seja lógico e compreensível para o aplicador do direito, impõe-se a existência de uma hierarquia entre as normas. Assim, dentro desses vários planos normativos, deve haver um que seja superior aos outros, em que será encontrada a norma suprema, que não depende de nenhuma outra para ser válida e que vai além, emprestando validade a todas as demais, de modo que elas possam coexistir em harmonia. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República é a norma suprema e tem como precípua finalidade zelar pela unidade do

⁸ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes. Op. cit., p. 26.

sistema, resolvendo as antinomias jurídicas e sendo o critério integrador do ordenamento jurídico, que deve ser lógico e coerente⁹.

Só é possível tratar de unidade quando “se pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento”¹⁰, pois um “ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis”, já que “sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”¹¹.

A concepção do ordenamento jurídico como um sistema depende, antes, da existência de uma norma hierarquicamente superior a todas as outras, que unifique o sistema de tal forma que todos os preceitos normativos hierarquicamente inferiores a ela estejam absolutamente de acordo com seus princípios e valores¹².

3.2 Análise da Constituição brasileira como um sistema unitário

A Constituição é um sistema de normas¹³, porém não deve ser concebida “como norma pura, desvinculada da realidade social e vazia de

9 Cf. Pietro Perlingieri. *Op. Cit.*, p. 5, verbis: “...O ordenamento é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opção de base que o caracterizam”.

10 Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB-Polis, 1989. p. 71.

11 *Idem*, p. 80.

12 Nesse mesmo sentido, posiciona-se Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.*, p. 24, verbis: “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se constituir um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário”.

13 José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

conteúdo axiológico, mas uma estrutura, considerada como uma conexão de sentido o que envolve um conjunto de valores”. Outro aspecto indissociável do sentido de Constituição é seu caráter de unidade, já que “trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário”¹⁴.

A Constituição da República brasileira apresenta-se como um sistema de normas que só sistematicamente pode ser corretamente interpretado¹⁵. Nenhum artigo, nenhum dispositivo legal poder ser entendido em sua particularidade. Até porque, se assim não for desenvolvida a interpretação, o jurista fatalmente não captará o verdadeiro sentido de um postulado, pois este não está isolado em si mesmo; pelo contrário, depende dos demais para que seja compreendido em sua total dimensão¹⁶.

A análise do artigo 170 da Constituição da República brasileira retrata a lógica com a qual foi construído o sistema constitucional. Portanto, possíveis perplexidades oriundas da comparação dos valores expressos em cada inciso não se apresentam insolucionáveis, uma vez que o Poder Constituinte cuidou de dissipá-las, dispondo no caput do próprio artigo quais são os princípios fundamentais que regerão os outros princípios posteriormente especificados. Conclui-se, pois, que a Ordem Econômica e Financeira está inteiramente subordinada à observância dos ditames da justiça social e à finalidade de assegurar a todas as pessoas uma existência digna.

E não há que se dizer que essas disposições tratam de conceitos jurídicos indeterminados, pois na leitura sistemática da Constituição tais conceitos se determinam, afinal eles também estão conexos com os prin-

14 Idem, p. 35.

15 No mesmo sentido Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998. p. 128, verbis: “A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa ideia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição”.

16 Vide nota 10.

cípios fundamentais da República, contidos nos incisos dos artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Brasileira¹⁷.

Dessa forma, os princípios da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais e regionais, são critérios axiológicos sobre os quais se alicerça a norma fundamental e devem estar presentes em toda a hermenêutica, que tem por obrigação considerá-los antes de qualquer disposição oriunda de outra fonte normativa e, conseqüentemente, concretizá-los através de uma prática interpretativa sempre subordinada à legalidade constitucional¹⁸.

3.2 Análise da deficiência da clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e do fenômeno da socialização do Direito Civil

Atualmente, nega-se a grande dicotomia entre Direito Público e Direito Privado nos moldes clássicos em que esta divisão de conteúdo ficou conhecida. O que se nota é uma enorme dificuldade, no momento histórico e social hodierno, de situar um interesse particular que seja totalmente desvinculado do interesse público, ou mesmo um interesse público que não tenha como finalidade última a defesa de particulares em situações desprivilegiadas¹⁹.

17 Cf. Gustavo Tepedino. Op. cit., p. 15, verbis: “A ordem econômica prevista na Constituição não pode ser interpretada senão interligada aos seus princípios fundamentais, sob pena de aniquilar-se a técnica constitucional de fixação de princípios”.

18 Cf. Pietro Perlingieri. Op. cit., p. 6 verbis: “O respeito aos valores e princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e o direito dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”.

19 É nessa perspectiva que Luís Roberto Barroso, em O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 114, assinala: “Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporam-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual,

Com o Estado intervindo cotidianamente na legislação, cai por terra a “*summa divisio*”, pela qual o “Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para objetivos de interesse geral”²⁰, em oposição frontal ao indivíduo. Atualmente, as intervenções estatais visam exatamente proteger o indivíduo em sua dimensão comunitária²¹.

Não há mais como sustentar que o Código Civil é o berço do protecionismo à pessoa porque a Constituição da República chama para si matérias que visam defendê-la precipuamente, seja nas relações proprietárias (cf. art. 170, III, entre outros), seja nas relações familiares (cf. art. 226 e seguintes), seja também nas relações contratuais interprivadas. Os indivíduos são vistos em sua dimensão comunitária principalmente quando o que se postula no texto constitucional é a defesa do interesse coletivo e, nesse caso, enquadra-se a defesa do consumidor (cf. art. 5º, XXXII, e art. 170, V).

Não existem mais matérias absolutamente públicas ou absolutamente privadas. Há matérias em que preponderam interesses públicos e outras em que preponderam interesses privados²², mas há de ser notado que interesses públicos e privados estão imbricados; eles se correlacionam dentro de diversos institutos e, principalmente em nível constitucional²³.

O artigo 170 da Constituição trata dos princípios gerais da atividade econômica, cuidando de “assegurar a todos uma existência digna, confor-

levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida em sentido mais amplo”.

20 Michele Giorgianni. O direito privado e suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina de Cicco. In: Separata da Revista dos Tribunais, São Paulo, v.747, p. 38, Jan.,1998.

21 Vide nota 19.

22 Cf. Pietro Perlingieri. Op. cit., p. 54, verbis: “Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos”.

23 Idem, Op. cit., p. 6 verbis: “O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

me os ditames da justiça social”, elegendo como princípio correlato, em seu inciso V, a “defesa do consumidor”. Percebe-se, portanto, que a própria Constituição escolhe valores sociais e existenciais, voltados para a tutela da dignidade humana, a fim de reger a atividade econômica²⁴.

Com o Direito Constitucional cuidando de matérias que seriam, conforme a divisão clássica, tipicamente de Direito Privado, firma-se o fim da grande dicotomia entre Direito Público e Direito Privado²⁵, fazendo com que este último também tenha seu conteúdo alargado.

Nesse sentido, afirma-se que ao Direito Privado, ao qual antes cabia tão somente a tutela do indivíduo e de seus interesses patrimoniais – como a propriedade e a vontade manifestada contratualmente – cabe agora a tutela do indivíduo imerso em uma sociedade onde seus direitos subjetivos estão funcionalizados. Assim, “publiciza-se” e “socializa-se” o Direito Privado e, na sua esteira, o direito civil²⁶.

4. TRANSFORMAÇÕES GERAIS NO DIREITO PRIVADO

A queda da máxima que apregoava uma grande dicotomia entre o Direito Público e o Privado, permitindo uma constante interpenetração entre esses dois clássicos ramos da ciência jurídica e o fenômeno da socialização do

24 Idem, p. 47 verbis: “A exigência de justiça social [...] assume o valor de uma escolha histórica e permanente, como patrimônio cultural comum de largas convergências ideais e como instrumento de eliminação de privilégios injustificados de qualquer natureza, não apenas econômica”.

25 Cf. Michele Giorgianni. Op. cit., p. 44, verbis: “A posição e a defesa dos indivíduos e dos grupos no seio da sociedade estatal são agora confiados a instrumentos que escapam do campo do Direito Privado, pertencendo decididamente ao Direito Público”.

26 Idem, p. 45, verbis: “Com a forma da ‘publicização’ e da ‘socialização’ se quer indicar que o domínio do particular no terreno da economia, como era consagrado pelos códigos oitocentistas, é cada vez mais insidiado pelos poderes públicos”.

Direito Civil, está também correlacionada com um movimento deflagrado na Europa, no final do século XIX e no início do século XX, que resultou numa fuga dos códigos civis²⁷ de conteúdo axiológico absolutamente liberal.

O Código Civil brasileiro de 1916, embora promulgado no século XX, foi imbuído pela mesma ideologia que construiu o monumental Código de Napoleão. Este assegurava aos pactos estabelecidos por força de lei entre as partes contratantes que, livres para pactuar ou não, se o fizessem, estariam irremediavelmente presas à palavra dada, a fim de que os negócios jurídicos firmados fossem dotados de grande segurança e de que não fossem frustrados as previsões e os cálculos dos operadores²⁸.

Além de também consagrar, embora não expressamente, o princípio *pacta sunt servanda*, o Código Civil de 1916 tinha ainda aspirações de longevidade e estabilidade. Tratava-se da “Constituição de Direito Privado”²⁹ brasileira, procurando, pois, abarcar todas as situações, “todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”³⁰. Mas a pressão dos fatos sociais trazidos pelas duas Grandes Guerras que marcaram o século XX e pela transformação de uma economia estável numa economia flutuante, em razão das oscilações do mercado e da moeda, fez com que esse Código não desse mais conta de disciplinar juridicamente as novas pendências trazidas pelas mudanças sociais.

Começa, portanto, também no Brasil, a partir dos anos 30, um movimento de descodificação do Direito Civil³¹. As necessidades emergentes

27 Cf. João de Matos Antunes Varela. O movimento de descodificação do direito civil. In: Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 49-531, passim.

28 Nesse sentido, Enzo Roppo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 34-35.

29 Esta observação de Michele Giorgianni. Op. cit., p. 41, acerca das codificações civis do início do século XIX também pode ser feita em relação à codificação civil brasileira de 1916.

30 Gustavo Tepedino. Op. cit., p. 3.

31 São bastante pertinentes os comentários de João de Matos Antunes Varela. Op. cit., p. 500, sobre o movimento de descodificação do Direito Civil, verbis: “O novo jurista, sob a pressão

fazem com que o Estado passe a intervir na economia através de novas leis, visando, muitas vezes, proteger o contratante mais fraco dos perigos que a liberdade positivada pelo Código Civil lhes traria nesse novo momento social³².

O Código de Defesa do Consumidor é fruto do intervencionismo estatal no âmbito das obrigações e dos contratos. O dirigismo contratual apresenta-se notoriamente neste estatuto, pois a vontade das partes contratantes está subordinada ao ditame legal que visa tutelar o contraente vulnerável, mesmo contra sua vontade³³.

O Código do Consumidor, de maneira específica, firma princípios como o da boa-fé objetiva e o da preservação do equilíbrio das prestações entre os contratantes no decorrer da relação contratual. Tais princípios, além de demonstrarem que o Direito Civil se socializou, adequam-se perfeitamente à diretriz constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), de conformidade com os ditames da justiça social (art. 170, caput) e com a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V).

Assim, a unidade do ordenamento jurídico é confirmada, uma vez que os princípios positivados no âmbito do estatuto consumerista são absolutamente coerentes com os princípios e valores constitucionais, razão

dos factos, passou a venerar a lei - as leis especiais - como uma espécie de deuses domésticos de mares dos grupos sociais, mais próximos das realidades concretas da vida, mais acessíveis às preces de cada cenáculo político, mais permeáveis às ideias força do mundo contemporâneo”.

32 Para Orlando Gomes. Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 6: “O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu à política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada”.

33 Referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor, Antônio de Pádua Ferraz Nogueira. Considerações sobre os princípios do código de defesa do consumidor. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 762, p. 28, abril, 1999, diz: “Composto de normas de ordem pública e de interesse social, consequentemente inderrogáveis por vontade das partes e cogentes, deu amplitude transcendental às disposições típicas de Direito Privado...”.

de sua absoluta adequação ao sistema jurídico brasileiro³⁴.

4.1. Inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o seu confronto com o Código Civil brasileiro de 1916

A mudança de rota trazida pela Lei nº 8.078, de 11.09.90 (CDC), no que diz respeito à revisão de prestações excessivamente onerosas para o consumidor durante a execução do contrato, está intimamente relacionada com as transformações vividas pelo Direito no decorrer deste século e com a transição de um Estado Liberal individualista, garantidor da autonomia e da liberdade contratual para um Estado Social solidarista, que intervém nas relações contratuais para proteger a parte mais fraca e oprimida na sociedade de massas³⁵.

O contrato, tal como concebido na acepção do Code, aceito pelo Código Civil brasileiro de 1916 – em que ambas as partes, em situação de igualdade econômica e jurídica e no gozo pleno de suas liberdades, pactuavam, e o que constasse desse pacto faria lei entre tais partes – não é mais o modelo preponderante na sociedade atual, em que os contratos de consumo são a grande maioria dessa categoria jurídica firmados no cotidiano de mercado³⁶. Sabe-se, ainda, que a maioria dos contratos de consumo são contratos de adesão, cuja parte fornecedora de bens e serviços já possui um contrato-padrão, por ela previamente elaborado “para uma massa homogênea e

³⁴ Vide nota 10.

³⁵ No mesmo sentido, Paulo Luiz Neto Lobo. Contrato e mudança social. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 722, p. 43, dez., 1995, verbis: “A teoria do negócio jurídico, enquanto exclusivamente forma e estrutura, adapta-se residual e limitadamente apenas aos contratos em que há igualdade efetiva de bargain power entre as partes, mas é completamente imprópria para os contratos de massa ou dirigidos e protegidos pelo legislador, como, por exemplo, nas relações de consumo, que absorvem quase todas as atividades econômicas de relevo”.

³⁶ Este é o pensamento de Antônio Herman Benjamim, manifestado na apresentação do livro Contratos no código de defesa do consumidor, de Cláudia Lima Marques.

indiferenciada de contrapartes”³⁷, diante do qual a parte consumidora só tem duas alternativas: não aceitar aquele “acordo” pré-redigido, ou aceitá-lo em bloco, sem poder discuti-lo. A segunda opção ocorre corriqueiramente em virtude de o produto ou de o serviço oferecido pelo predisponente ser de tanta valia para o consumidor que ele não tem outra opção senão adquiri-lo naquelas condições previamente fixadas³⁸.

Ainda que o “acordo de vontades” não seja propriamente de adesão, existem outras peculiaridades nas relações de consumo que dão ensejo a uma proteção especial dirigida à parte consumidora, que é considerada vulnerável (art. 4º, I, do CDC).

Segundo Cláudia Lima Marques³⁹, a vulnerabilidade do consumidor pode ser técnica “quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo”, ou sobre o serviço que lhe está sendo prestado. Existe também a vulnerabilidade científica, que “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”, e ainda “a vulnerabilidade fática ou sócio econômica”, que ocorre quando o prestador de bens ou serviços, “por sua posição de monopólio fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”.

Toda essa desvantagem contratual sofrida pelo consumidor é consequência natural da sociedade industrializada, em que a produção e a distribuição de produtos, a prestação de serviços e o consumo de tais produtos ou serviços ocorrem numa fluência própria da sociedade de massas, na qual

37 Enzo Roppo. Op. cit., p. 302.

38 Para uma ampla noção acerca dos contratos de adesão, vide Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 52-58, passim.

39 Idem, p. 147-149.

tanto a produção quanto o consumo são muito acelerados⁴⁰.

Na época em que o Código Civil brasileiro foi redigido, as relações contratuais eram personalizadas, as trocas não ocorriam de maneira tão célere, sendo mais bem refletidas pelas partes contratantes que se relacionavam pessoalmente, discutindo os termos da avença.

A vontade dos contratantes e suas aspirações psíquicas eram elementos essenciais para que um contrato fosse válido. Se tal vontade fosse maculada por alguns dos vícios do consentimento previstos pelo Código Civil, tal contrato poderia vir a ser anulado, uma vez que suas consequências deveriam “ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes”⁴¹. A vontade manifestada pelos pactuantes era a grande disciplinadora das relações contratuais firmadas nesse período.

Atualmente, ocorre uma redução da importância do papel da vontade psíquica das partes contratantes, ao mesmo tempo em que ganha relevo a vontade por elas declarada, bem como a confiança depositada no vínculo dá respaldo às manifestações exteriores e socialmente reconhecíveis. Assim, “a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade”⁴². Sobrelevam-se, portanto, os elementos objetivos que construíram dada relação contratual e não os elementos subjetivos. Aliás, não poderia ser diferente. A “despersonalização das relações contratuais” e o “automatismo na atividade destinada a constituí-las”⁴³ geram a necessidade de uma teoria do contrato que venha a tutelar a confiança depositada pelos contratantes no pacto. Mas essa tutela ocorrerá de maneira

40 Enzo Roppo. Op.cit., passim.

41 Enzo Roppo. Op. cit., p. 297.

42 Orlando Gomes. Op.cit., p. 14.

43 São expressões de Enzo Roppo. Op. cit., p. 302.

objetiva, considerando-se a vontade declarada⁴⁴.

O chamado dogma da vontade, implicitamente presente em nosso Código Civil, baseava-se no entendimento de que, numa relação contratual, ambos os pactuantes agem na autonomia de seu querer. Sempre ao lado do princípio da autonomia da vontade estava o princípio da ampla liberdade de contratar.

Hodiernamente, não se pode dizer que um princípio esteja interligado ao outro. Diversamente, a livre manifestação da vontade de contratantes com poderes de barganha absolutamente desiguais gera, na prática, a escravização do técnico ou economicamente mais fraco⁴⁵. Nesse sentido, é irrefutável a afirmação de Henri Lacordaire⁴⁶: “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

O Código do Consumidor atua no sentido de equalizar a situação de desigualdade entre os contratantes, intervindo na economia do contrato, a fim de restaurar o seu equilíbrio perdido em razão de as partes serem substancialmente desiguais.

Nesse propósito, o CDC reconhece em seu art. 6º, inciso V, 2ª parte, o direito básico do consumidor à revisão de cláusulas contratuais em razão

44 Idem, p. 298, verbis: “Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo em massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações: mas estes objetivos requerem, justamente, que as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade”.

45 Ana Prata. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, p. 77. A autora faz importantes observações a esse respeito que merecem ser transcritas, verbis: “[...] Não só a autonomia privada (no sentido jurídico e, portanto, econômico) e liberdade não são conceitos confundíveis, como são, em grande medida, conceitos antinômicos. Na medida em que não exista uma real igualdade econômica ou contratual nos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de ‘liberdades’ qualitativamente muito diversas”.

46 Citado por Paulo Luiz Neto Lobo. Op. cit., p. 42.

de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Observe-se que o referido artigo trata de um direito do consumidor e não do fornecedor do produto ou do prestador de serviço. É notório o protecionismo à parte contratualmente mais fraca⁴⁷.

O Código Civil brasileiro de 1916, reflexo do individualismo liberal que pregava a obrigatoriedade irrestrita dos contratos, jamais tratou da revisão desse ajuste se circunstâncias supervenientes tornassem a prestação avançada excessivamente onerosa. Nem mesmo a doutrina da velha cláusula *rebus sic stantibus* foi por ele adotada. “Numa economia agrária, com moeda estável, não haveria por que sugerir-se a adoção dessa cláusula, vigorante apenas em épocas de crise”⁴⁸.

5. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS E TEORIA DA IMPREVISÃO

A expressão *rebus sic stantibus* é a simplificação do brocardo latino *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, que significa: “os contratos que têm trato sucessivo ou são a termo, ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas”⁴⁹.

Define-se *rebus sic stantibus* a cláusula subentendida, ou implícita, em todo contrato, em virtude da qual a execução deste depende da permanência da mesma vontade dos contraentes no momento em que celebraram, i.e.,

47 Cf. Cláudia Lima Marques. Op. cit, p. 413.

48 Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. O código civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: Revista AJURIS, da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v.14, n. 40, p. 136, 1987.

49 Paulo Carneiro Maia. Cláusula *rebus sic stantibus*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 15, p. 137.

sem superveniência de fato que provoque um desequilíbrio de prestação em desfavor de um dos contratantes e que lhe não possa ser imputado⁵⁰.

Há controvérsias sobre a origem da cláusula. Alguns entendem que ela adveio dos canonistas medievais⁵¹, mas há quem sustente que suas origens remontam ao direito romano⁵².

Não obstante tais controvérsias, sabe-se que a aplicação da cláusula nos contratos de execução diferida ou sucessiva teve, no passado, seu apogeu no século XVIII⁵³. Com a Revolução Francesa e a instauração do Estado Liberal individualista, que se apoiava na máxima *pacta sunt servanda*, a cláusula entrou em decadência, mas recuperou paulatinamente seu espaço à medida que as vicissitudes sociais voltaram a clamar pela sua aplicação.

Assim, no intuito de “atender às modificações imprevistas no meio social e econômico, decorrentes da guerra”⁵⁴, em 1918 a França promulgou a Loi Failliot, a fim de coibir “os benefícios desarrazoados a um contratante, em prejuízo do outro”⁵⁵.

Também, vários juristas passaram a desenvolver ideias acerca do tema ora versado e construíram, cada qual com sua peculiaridade, o que modernamente é conhecido como “teoria da imprevisão”.

As teorias que se apoiam na ideia de que a ocorrência de acontecimentos imprevisíveis não se coaduna com a vontade das partes presente no momento da contratação e, tornando a prestação anteriormente pactuada excessivamente onerosa, levaria a parte prejudicada a buscar a resolução ou a revisão do contrato, são teorias com fulcro na ideia de imprevisão. A

50 José Maria Othon Sidou. *Rebus sic stantibus*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 63, p. 293.

51 Nesse sentido Paulo Carneiro Maia. *Op. cit.*, p. 125, e Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 198.

52 Nesse sentido José Maria Othon Sidou. *Op. cit.*, p. 294.

53 Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Op. cit.*, p. 199.

54 *Idem*, p. 202.

55 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3, p. 109.

imprevisibilidade das circunstâncias que surgem no momento da execução do contrato é que vai dar ensejo à sua resolução ou revisão.

5.1 A teoria da pressuposição de Windscheid

Em meados do século XIX, Windscheid⁵⁶ formulou a primeira teoria nesse sentido. Esse pandectista entendeu que, quem manifesta sua vontade sob certo pressuposto quer, à semelhança de quem emite uma vontade condicionada, que o efeito jurídico venha a existir apenas em certo estado de relações. Trata-se da teoria da pressuposição, em que o contratante emite sua vontade na “pressuposição” - ainda que unilateral e, portanto, desconhecida do outro contratante - de que as circunstâncias no momento da execução serão iguais às do momento da contratação. Confiando, pois, nessa pressuposição, a parte emite sua vontade. Se tal pressuposição frustrar-se, haverá motivo para resolver ou modificar a avença.

A teoria de Windscheid chegou a constar do Projeto do Código Civil alemão, mas foi rechaçada na sua elaboração final, em 1896⁵⁷.

A maior crítica que recai sobre tal teoria é o fato de uma pressuposição não manifestada, absolutamente unilateral, ter o poder de desestabilizar uma operação jurídica⁵⁸. Observe-se, porém, que, apesar de não-positivada, a teoria da pressuposição foi, e ainda é, objeto de discussão. Ela constitui o manancial a partir do qual todas as outras teorias, que têm fulcro na ideia da imprevisão, foram elaboradas, desde a metade do século XIX e durante o século XX. Há de se salientar, à guisa de elucidação, que as teorias baseadas

56 Bernardo Windscheid. *Diritto delle pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Torino Editrice, 1930. p. 333-334.

57 Cf. José Maria Othon Sidou. *A revisão dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 36.

58 Karl Larenz. *Base dei negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos R. Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 22.

na imprevisão visavam, prioritariamente, resolver o contrato em razão da onerosidade superveniente⁵⁹ e não readaptá-lo às novas circunstâncias como faz, contemporaneamente, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

5.2. A teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico de Larenz

Já no século XX, Larenz formulou sua teoria da quebra da base do negócio jurídico e subdividiu a chamada “base” em objetiva e subjetiva: “são duas figuras por completo independentes, enquadrando-se a primeira no tratado do erro e nos motivos e, a outra, no campo da boa fé objetiva, do fim do contrato e da impossibilidade da prestação”⁶⁰.

No Brasil, a questão do erro é tratada pelo Código Civil dentro dos defeitos do negócio jurídico, que geram nulidades, portanto a análise da teoria da quebra da base subjetiva do negócio jurídico não se coaduna com o tema central deste estudo.

Demonstra-se relevante a investigação da teoria da quebra superveniente da base objetiva do negócio jurídico, aludida em inúmeros julgados dos Tribunais brasileiros⁶¹. Ao tratar da quebra da base objetiva do negócio jurídico, Larenz aduz que “um contrato não pode subsistir como regulação

59 Cf. Cláudia Lima Marques. Op. cit., p. 415.

60 Cf. Carlos R. Fernandez Rodriguez, na apresentação do livro *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* de Karl Larenz. p. XVI. [traduziu-se].

61 Dentre eles, julgados do STJ como o Recurso Especial nº 73.370-AM. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 21.9.95, cuja ementa se transcreve, verbis: PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Fatos supervenientes. Inflação. Restituição. “A modificação superveniente da base do negócio, com aplicação de índices diversos para a atualização da renda do devedor e para a elevação do preço contratado, inviabilizando a continuidade do pagamento, pode justificar a revisão ou a resolução judicial do contrato, sem ofensa ao artigo 60 da LICC. A jurisprudência desta 4a turma permite a retenção, pela promitente vendedora, de parte do preço pago, aplicando a regra do artigo 924 do Código Civil. Esse recurso é conhecido, em parte, pela divergência, e nessa parte provido para permitir a retenção de 20% das prestações pagas, considerando o seu pequeno valor, em relação ao negócio total”.

dotada de sentido: quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação que nele se pressupõe tenha se destruído em tal medida que já não se possa falar racionalmente de uma contraprestação”⁶². Também, a base objetiva do negócio estará quebrada, tornando justificável a alteração do avençado “quando a finalidade objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, tenha resultado inalcançável, ainda quando a prestação do devedor seja, todavia, possível”⁶³.

Segundo Orlando Gomes, ao tecer comentários sobre a obra de Larenz, “pouco importa que as partes tenham pensado, ou não, na existência ou persistência, das circunstâncias. A representação mental é indiferente. Põe-se o problema, conseqüentemente, em termos objetivos”⁶⁴. Mais adiante, o saudoso jurista baiano assevera que, “segundo, pois, a teoria de Larenz, o contrato se desfaz se fica desprovido de sua base, ou perde o sentido, em consequência de uma alteração das circunstâncias, previsíveis, ou não”⁶⁵.

Embora não se partilhe da impressão de que a teoria de Larenz dispensa o elemento da imprevisibilidade para viabilizar a resolução ou a revisão do pacto – pois o próprio autor menciona não poderem ser tais transformações supervenientes previsíveis, porque, sendo assim, fariam parte do risco assumido no contrato⁶⁶ – parece que a teoria da base objetiva

Também, Recurso Especial nº 135.151-RJ. Relator: Ruy Rosado de Aguiar, de 08.10.97. cuja ementa se transcreve, verbis: “PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Fato superveniente. Ação de modificação do contrato. Plano cruzado. Correção monetária. Celebrado o contrato de promessa de compra e venda, com prestações diferidas, sem cláusula de correção monetária, durante o tempo de vigência do Plano Cruzado, quando se esperava debelada a inflação, a superveniente desvalorização da moeda justifica a revisão do contrato, cuja base objetiva ficou substancialmente alterada, para atualizar as prestações de modo a refletir a inflação que acontecia depois da celebração do negócio. Precedente. Recurso conhecido e provido”.

62 Karl Larenz. Op. cit., p. 170 [traduziu-se].

63 Idem, op. loc cit. [traduziu-se].

64 Orlando Gomes. Op. cit., p. 101.

65 Idem, Op. cit., p. 103. [grifou-se].

66 Cf. Karl Larenz. Op. cit., p. 169, verbis: “... A desapareição da base objetiva do negócio não pode ser levada em conta quando o acontecimento que a produz fosse previsível, já que, em tal caso, as partes poderiam ter tomado medidas e, na falta destas, deve se considerar assumido

do negócio jurídico influenciou o legislador brasileiro na formulação do artigo 6º, inciso V, 2ª parte do Código de Defesa do Consumidor, por considerar que fatores objetivos como a perda da equivalência das prestações e a frustração da finalidade do contrato podem dar ensejo à sua revisão.

A difusão da teoria de Larenz tem contado com a jurisprudência, que lhe dá aplicação prática. Na Alemanha, por exemplo, a jurisprudência, desde os primeiros anos do pós-guerra, declarou-se partidária “de uma equivalência social das prestações aferida pelo juiz”⁶⁷.

Também no Brasil, apesar de sequer ter o Código Civil positivado a teoria da imprevisão como um princípio geral, encontram-se julgados anteriores aos do STJ, que já revisavam o contrato com fundamento na quebra de sua base objetiva.

Revisão judicial do contrato bancário de financiamento de produção agrícola. Caracterizada a onerosidade excessiva por fato superveniente, qual seja a desvalorização do produto agrícola financiado em face ao valor do índice de correção monetária, resta rompida a base negocial e a comutatividade. Contrato de financiamento a produção, em que a instituição financeira é o agente financiador e o financiado (agricultor) o agente produtor. Risco negocial que deve ser suportado por ambos os agentes. Revisão contratual deferida determinando o reajuste do valor do débito pelo preço de mercado do arroz.” (TARS – AC 193.084.233 – 4ª Cciv – Rei. juiz Márcio Oliveira Puggina-j. 26.08.1993)⁶⁸.

o risco pela parte afetada”. [traduziu-se]; também na p. 144, verbis: “Somente desaparecerá a indispensável base do contrato (em sentido objetivo) quando uma perturbação da relação de equivalência por um acontecimento imprevisível seja de tal magnitude que esta resulte totalmente destruída, isto é, que o contrato, confrontado com seu sentido original, já não possa qualificar-se racionalmente de bilateral.” [traduziu-se].

⁶⁷ Cf. Franz Wieacker. História do direito privado moderno. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 609.

⁶⁸ Júrís Síntese. Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográgfico Ltda. CD ROM nº 11, maio/junho de 1998.

Revisão judicial de contrato. Índice oficial e oscilação do produto financiado. Onerosidade excessiva. TRD. E legal o uso da TRD como índice de correção monetária, entretanto, a notória desproporção entre o valor do financiamento corrigido por tal índice e a valorização do produto financiado gera onerosidade excessiva. Quebra da base jurídica do negócio e da comutatividade” (TARS – AC 193.167.582 – 4ª Cciv – Rei. juiz Ari Darci Wachloz – j. 30.06.1994)⁶⁹.

6. O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As constituições liberais do século XIX disciplinavam somente o poder estatal de forma restrita, ao mesmo passo em que atribuíam maior espaço para os direitos civis e políticos dos indivíduos⁷⁰. No entanto, a crise do Estado Liberal fez com que surgissem constituições voltadas também para o interesse social e não só para os direitos individuais, ressaltando-se que a Constituição de Weimar⁷¹ propiciou o auge de uma “batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão”⁷². Esta batalha teve como consequência o nascimento de constituições

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Paulo Bonavides. Direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.187-188, verbis: “...A brevidade das Constituições liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. A Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica dos estados, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade”.

⁷¹ Idem, p. 196. Registre-se que a Constituição de Weimar é considerada a primeira constituição que concede abertura para os direitos sociais no século XX.

⁷² Idem, p. 190.

“obscuras, equívocas, contraditórias”, marcadas pela “instabilidade” e pelo “compromisso”⁷³. Assim, pode-se afirmar que “a trégua constitucional no conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas, introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior desta criação teórica a Constituição de Weimar”⁷⁴. Desse modo, acirrou-se a discussão acerca do caráter normativo e jurídico das chamadas normas programáticas⁷⁵. Contemporaneamente, grande parte dos juristas que se dedicam especialmente ao estudo do Direito Constitucional tem considerado o caráter normativo e jurídico de todas as normas constitucionais⁷⁶.

De maneira especial, vêm sendo tratadas as normas constitucionais que consubstanciam princípios, pois “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”⁷⁷.

“A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’⁷⁸.

73 Idem, p. 190-191.

74 Idem, p. 191.

75 Idem, p. 196, verbis: “O problema do constitucionalismo contemporâneo, no presente quadro interpretativo das formulações doutrinárias sobre o caráter de normatividade das Constituições, se concentra principalmente em determinar o caráter jurídico ou não das normas programáticas e sobretudo o grau de eficácia e aplicabilidade de todas as normas da Constituição”.

76 Assim, Konrad Hesse. A força normativa da constituição, passim; Joaquim José Gomes Canotilho. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1977. p.174; José Afonso da Silva, passim; Luís Roberto Barroso. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, passim; Luís Roberto Barroso. Interpretação e aplicação da constituição, passim.

77 José Afonso da Silva. Op. cit., p. 142.

78 José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 95.

7. ANÁLISE DO ARTIGO 6º, INCISO V, 2ª PARTE, DO CDC SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL E CONCLUSÕES

A partir da análise do dispositivo que prevê o direito do consumidor de pleitear a revisão do contrato em que for parte, se, em virtude de circunstâncias supervenientes ao momento do ajuste, este se tornar excessivamente oneroso, conclui-se que: “A revisão contratual recairá, preponderantemente, sobre os contratos a termo ou naqueles que tiverem prestações duradouras, sejam elas de execução continuada, sejam com trato sucessivo”⁷⁹, pois estas estão sujeitas a enfrentar as vicissitudes trazidas por novos fatos ocorridos entre os momentos da contratação e da execução.

Também, é pacífico que o consumidor não poderá ser o culpado pelas tais circunstâncias supervenientes. Caso contrário, seria possível usar de um artifício para descumprir o compromisso assumido⁸⁰.

A questão que gera controvérsia é a afirmação de alguns autores de que o artigo 6º, inciso V, 2ª parte do Código de Defesa do Consumidor, teria finalmente positivado no direito brasileiro a cláusula *rebus sic stantibus* ou a teoria da imprevisão⁸¹.

Outros autores sustentam que o mencionado artigo não adota tal

79 Consoante ensinamentos de João de Matos Antunes Varella. Das obrigações em geral. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998. v.I, p. 80.

80 Cf. Luís Renato Ferreira da Silva. Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 113-114.

81 Nesse sentido, James Marins et al. Código do consumidor comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 65. verbis: “Segunda modalidade de proteção contratual específica encartada neste artigo conhecida como Teoria da Imprevisão (artigo 6o, inciso V, segunda parte) ou, ainda, no brocardo latino, a denominada cláusula *rebus sic stantibus*, é a superveniência de onerosidade excessiva, vindo a sobrecarregar o consumidor, decorrente de acontecimentos supervenientes à contratação, insuscetíveis de haverem sido previstos”. Vide também José Geraldo Brito Filomeno et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 69, verbis: “Fica ainda definitivamente consagrada entre nós a cláusula *rebus sic stantibus*, implícita em qual-

teoria, não exigindo, portanto, nem a imprevisibilidade nem a extraordinariedade do fato superveniente. Essencial para os que adotam essa argumentação é que tenha havido a quebra do equilíbrio contratual, ou que a finalidade do contrato tenha se frustrado⁸².

Tais autores entendem que o Código de Defesa do Consumidor assumiu uma postura mais objetiva no que diz respeito à revisão contratual por circunstâncias supervenientes. Basta uma breve análise do artigo que postula tal possibilidade para se perceber que este não menciona qualquer requisito além da excessiva onerosidade presente: não se fala em previsibilidade ou imprevisibilidade, não há questionamentos acerca das intenções subjetivas das partes no momento da contratação.

O artigo 6º liberta-se das amarras subjetivistas que só possibilitavam a revisão ou resolução do contrato se o evento futuro, desencadeador da onerosidade excessiva, fosse totalmente imprevisível, como foi disposto no Código Civil italiano de 1942⁸³. Também, o conteúdo do artigo sob análise afasta-se do disposto no Projeto de Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional⁸⁴. Contudo, é importante a consideração de que as

quer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas”.

82 Nesse sentido, Cláudia Lima Marques. Op. cit., p. 413, verbis: “A norma do art. 6o do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato”. Também, Luís Renato Ferreira da Silva, Op.cit., passim.

83 “Artigo 1467. Contrato com prestações correspectivas. Nos contratos de execução continuada ou periódica, bem como de execução diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa pela verificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1.458. A resolução não pode ser pedida se a onerosidade sobrevinda entra na álea normal do contrato. A parte contra a qual se pede a resolução pode elidi-la, oferecendo a modificação equânime das condições do contrato” [traduziu-se].

84 A onerosidade excessiva é tratada no Projeto de Código Civil, nº 634, de 1975, na casa de origem, nos seguintes termos: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em

teorias baseadas na imprevisão se opuseram ao rigor contratual na medida do que lhes foi possível na transição de um direito estritamente liberal para um direito socializado e funcionalizado. Assim, numa sociedade onde reinava o *pacta sunt servanda*, este só poderia ter sua força minorada se o fato causador da excessiva onerosidade não pudesse ter sido previsto. Se houvesse a mínima possibilidade de previsão pela parte prejudicada, ela deveria assumir as consequências de pactuar sem se prevenir do pior. Afinal, entendia-se que o contrato resultava de uma manifestação absolutamente livre e consciente da vontade.

O atual fenômeno da objetivação do contrato exige que não sejam mais supervalorizadas as intenções subjetivas das partes no momento da contratação. Numa sociedade de massas, o contrato deverá estar mais sensível “ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado”⁸⁵.

É exatamente este o propósito do artigo 6º, inciso V, 2ª parte, do Código de Defesa do Consumidor: considerar os elementos objetivos presentes naquele ambiente social que fizeram com que o contrato perdesse a sua comutatividade ou sua finalidade e viabilizar sua revisão a partir da equalização das prestações. Assim, o contrato não se extingue, mas é restabelecido em novas condições, que tornam plausível seu adimplemento⁸⁶.

A revisão contratual positivada no artigo objeto desta análise visa restaurar o equilíbrio do contrato e tornar possível o alcance de sua finalidade objetiva. Nesse sentido, tal dispositivo recebeu influências da teoria da quebra da base objetiva de Larenz, avançando ainda mais por desconsiderar

virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Enzo Roppo. Op. cit., p. 309.

85 Enzo Roppo. Op. cit., p. 309.

86 Nesse sentido, Cláudia Lima Marques. Op. cit., p. 413, verbis: “[...] As teorias sobre a imprevisão sempre visaram prioritariamente a liberação do contratante supervenientemente debilitado, sua desobrigação, retirando assim do consumidor - ou pelo menos diminuindo a intensidade de - seu novo direito a manter o vínculo e ver criado o equilíbrio contratual original por atuação modificadora do juiz.”

por completo a previsibilidade ou a imprevisibilidade das transformações⁸⁷, firmando-se, pois, no requisito objetivo da excessiva onerosidade superveniente. Por essa razão, pode-se dizer que o dispositivo em pauta contém positivada a “teoria da onerosidade excessiva”⁸⁸.

É pacífico, a partir do advento da Lei nº 8.078/90, que é direito do consumidor requerer a revisão judicial de seu contrato quando circunstâncias posteriores à contratação vierem a torná-lo excessivamente oneroso. Ao juiz caberá resolver inúmeros casos concretos dessa natureza, principalmente no momento atual, em que a desvalorização do real perante o dólar fez com que vários contratos de consumo com prestações duradouras, as quais flutuavam de acordo com o valor da moeda americana, tornassem-se excessivamente onerosos e realmente impagáveis, a menos que haja uma revisão contratual para restaurar seu equilíbrio⁸⁹.

Para resolver questões dessa natureza, o intérprete deverá usar o ordenamento jurídico em todo o seu potencial.

Note-se bem. Não se trata de interpretação de um artigo, mas de um artigo inserido num ordenamento jurídico que constitui um sistema lógico e coerente. Portanto, há de se interpretar não o artigo em si, mas a norma jurídica, e esta “é fruto da sua colocação no âmbito do sistema. A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento”⁹⁰.

Sabe-se que a Constituição da República é o instrumento unificador do ordenamento jurídico, através dos princípios que ela elege como fundamentais, dos objetivos que ela considera essenciais e que se irradiam por todo o tecido normativo infraconstitucional, já que este deverá refletir os

87 Vide nota 67.

88 Esta expressão também é utilizada por Antônio Carlos Efig. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 85.

89 Vide nota 98.

90 Pietro Perlingieri. *Op. cit.*, p. 72. Vide nota 9.

valores por ela eleitos⁹¹. Ora, são valores sobre os quais se sustenta a ordem econômica e financeira brasileira, assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social, observado o princípio de defesa do consumidor, o qual se coaduna perfeitamente com os princípios fundamentais da República de tutela da dignidade humana, de redução das desigualdades sociais, bem como da pobreza e da marginalização⁹².

Pois bem: o artigo 6º, inciso V, 2ª parte do CDC, que traz a lume controvérsias acerca da positivação da “teoria da imprevisão” ou da “teoria da onerosidade excessiva” simplesmente está inserido em um estatuto que reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I), viabilizando e dando concretude aos princípios nos quais se funda a Ordem Econômica (art. 170 da Constituição da República), sempre com base na boa-fé e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III). O Código do Consumidor possui também objetivos bem definidos, como o atendimento das necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade e a proteção de seus interesses econômicos (art. 4º, caput).

Já em face desses princípios, que são também cânones interpretativos dentro do próprio estatuto consumerista, ao que tudo indica, a interpretação a ser dada pelo magistrado não é condizente com a teoria da imprevisão, mas sim com a teoria que exige simplesmente a onerosidade excessiva para viabilizar a revisão. Esta protege de forma mais intensa o consumidor, visto não exigir dele a prova da imprevisibilidade do fato ocorrido para que seja revisto o contrato⁹³. Entretanto, de acordo com a metodologia adotada, toda

91 Vide nota 10.

92 Vide item 7, especialmente as considerações de José Afonso da Silva constantes da nota 79.

93 É importante observar que o Estado tem se manifestado no sentido de estender a revisão contratual a relações que não sejam abarcadas pelo Código do Consumidor. Trata-se de uma tendência que visa proteger o contratante em situação de vulnerabilidade, reinstaurando o equilíbrio entre as prestações, porventura perdido no decorrer da execução contratual. Nesse

interpretação tem que ter o respaldo constitucional, “mesmo na presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma”⁹⁴, neste caso específico, na presença de normas-princípios de uma lei especial, o Código do Consumidor⁹⁵.

A Constituição brasileira, em dois momentos distintos, assegura o princípio de defesa do consumidor: quando trata dos direitos e das garantias fundamentais do homem (art. 5º, XXXII) e quando cuida da ordem econômica (art. 170, V).

Ora, aceitar esse princípio interpretativo e concretizá-lo significa abandonar a tese dos que sustentam que o artigo 6º, inciso V, do CDC contém positivada a teoria da imprevisão. Este tipo de interpretação seria totalmente prejudicial ao consumidor que se veria obrigado a provar a imprevisibilidade dos fatos que geraram a excessiva onerosidade superveniente, contra argumentos de que, nos dias de hoje, até os tufões e terremotos são fenômenos previsíveis⁹⁶, ou que o insucesso do Plano Real também era previsível para o consumidor⁹⁷.

sentido, postula o artigo 1º, inciso II, da Medida Provisória nº 1.965-10, de 10 de janeiro de 2000, verbis: “São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: Nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido”.

94 Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.*, p. 29.

95 A fim de confirmar este raciocínio, mais uma vez, se recorre às lições de Pietro Perlingieri. *Op. cit.*, p. 79, verbis: “O direito especial tem sua peculiaridade e sua limitada autonomia, mas sempre derivada e vinculada pelas diretrizes e pelos valores do sistema. Uma praxe diversa representa uma degeneração do pluralismo e não a sua atuação. Somente diante da falta de uma constituição rígida poder-se-ia dizer que o direito especial é um ‘corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias’.

96 Luís Renato Ferreira da Silva. *Op. cit.*, p. 111.

97 Importante ressaltar que, com o insucesso do Plano Real, inúmeros consumidores ajuizaram ações a fim de revisarem seus contratos de financiamento ou de leasing inicialmente avençados com cláusula de reajuste vinculada à variação do dólar norte-americano, alegando excessiva onerosidade superveniente à contratação em virtude da superveniente e significativa majora-

Note-se que adotar a primeira corrente aqui exposta – da teoria da imprevisão – seria infringir o princípio constitucional de defesa do consumidor para, ao contrário, condená-lo a provas muito difíceis de serem produzidas, o que poderia levá-lo à ruína. Diante de uma situação concreta de superveniente excessiva onerosidade, a exigência de tais provas é descabida, pois contraria ditames constitucionais: não só o de defesa do consumidor, mas todo o sistema constitucional desenvolvido a partir dos princípios fundamentais eleitos pelo Constituinte, de zelar pela dignidade das pessoas, de reduzir desigualdades sociais⁹⁸.

Conclui-se, pois, que abandonar o requisito da imprevisibilidade é o “caminho interpretativo” que o magistrado deve, imperiosamente, percorrer nas relações contratuais de consumo. Esta caminhada hermenêutica “consiste em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva e servir-se deles para resolver o caso submetido à sua jurisdição”⁹⁹.

ção do dólar em face do real. Transcreve-se parte da ementa do TJRJ, na Apelação n. 16.564/99, 2ª Câmara Cível, datada de 15.02.2000, Relator: Des. Sérgio Cavalieri Filho, como exemplo de decisão que aplica corretamente o art. 6º, V, 2ª parte do CDC, dispensando a imprevisibilidade do fato superveniente, ocasionador da excessiva onerosidade, verbis: “O CDC, em seu art. 6º, V, permite expressamente a revisão das cláusulas contratuais sempre que fatos supervenientes os tornarem excessivamente onerosos. Ali não mais se exige que esses fatos supervenientes sejam imprevisíveis, como na clássica teoria da imprevisão, bastando que sejam inesperados” Em sentido contrário, apresenta-se a decisão proferida também pelo TJRJ, na Apelação n. 20.890/99, 7ª Câmara Cível, datada de 27.04.2000, Relator: Des. Paulo Gustavo Horta, em ementa que transcreveremos na parte que interessa à análise que desenvolvemos, verbis: “Prevalência do pacta sunt servanda. A alta do dólar norte-americano em relação ao Real era, na época, situação fática econômica que, se não prevista, pelo menos admitida pelos especialistas financeiros, a afastar qualquer eiva de imprevisão ou desigualdade na formação do contrato. [...] Inaplicabilidade do art.6º, inciso V, da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.”

98 Ressalte-se, conforme Pietro Perlingieri, Op. cit., p. 11, que: “As normas constitucionais - que ditam princípios de relevância geral - são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas”.

99 José Afonso da Silva. Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 157.

Dessa maneira, o preceito constitucional concretiza-se, e o Direito Civil também se renova por estar definitivamente em contínua relação com o Direito Constitucional¹⁰⁰.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APELAÇÃO n. 16.564/99, 2ª **Câmara Cível**, TJRJ, datada de 15.02.2000, Relator: Des. Sérgio Cavalieri Filho.

APELAÇÃO n. 20.890/99, 7ª **Câmara Cível**, TJRJ, datada de 27.04.2000, Relator: Des. Paulo Gustavo Horta.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 7-13.

100 Cf. Pietro Perlingieri. Op. cit., p.12, verbis: “...A normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores. Para o civilista apresenta um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor”.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB-Polis, 1989.

BONA VIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1977.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e suas atuais fronteiras**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v.747, p.35-55, .Jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais no direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JÚRIS SÍNTESE: **Legislação e jurisprudência**. São Paulo: Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda. (CD-ROM n. 11, maio/julho de 1998).

LARENZ, Karl. **Base dei negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos R. Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.].

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Contrato e mudança social**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 722, p.40-45, dez., 1995.

MAIA, Paulo Carneiro. **Cláusula rebus sic stantibus**. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988. v.15, p. 281-293.

MARINS, James et al. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 65, p.21-32, Jul., set., 1993.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **Considerações sobre os princípios do código de defesa do consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 762, p. 11-31, Abril, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1988.

RECURSO ESPECIAL nº 73.370-AM. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 21.11.95.

RECURSO ESPECIAL nº 135151-RJ. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 08.10.97.

RODRÍGUEZ, Carlos R. Fernandez. In: KARL, Larenz **Base dei negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**,. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.]. p. 15-34.

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

SIDOU, José Maria Othon. **A revisão dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SIDOU, José Maria Othon. **Rebus sic stantibus**. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v.63, p. 293-306, 1977.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. In: Revista AJURIS, Porto Alegre: Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v.14, n. 40, p. 128-149, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed.
São Paulo: Malheiros, 1998.

Artigo originalmente publicado no volume 1, número 1 de 2004.

O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil*

Judith Martins-Costa**

“Em outras palavras, precisamos adotar o mundo real como pano de fundo” —Umberto Eco, Seis passeios pelos bosques da ficção.¹

Sumário: Introdução – I. Interpretação dos contratos entre autonomia e heteronomia: 1. As razões da concreção contratual; 2. O raciocínio por concreção; 3. Princípios da concreção contratual – II. Os postulados normativos da concreção contratual: 1. As circunstâncias do caso; 2. Os elementos de concreção das “circunstâncias do caso”: 2.1 Os usos do tráfego negocial; 2.2 Função econômico-social do negócio; 2.3 O motivo comum a ambas as partes – Conclusão.

* Este texto corresponde à apresentação que fiz no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado no Rio de Janeiro, em 2006. Originalmente o texto foi escrito em homenagem ao ilustre jurista Professor Renan Lotufo que tanto tem contribuído à renovação dos estudos civilistas no Brasil. Uma primeira versão foi publicada no livro *Questões Controvertidas sobre o Novo Código Civil*. (org.) Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo, Editora Método, 2005, pp.127-155. O texto foi republicado em: *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, v., p. 475-506 (org: NANNI, Ettore); e em *Tratado de la Interpretación del Contrato en la America Latina*. 1 ed. Lima-Perú: Ed. Juridica Grijley, 2007, v. 1, p. 683-719 (org. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto). O texto aqui republicado contém alguns acréscimos em relação ao original, visando tornar mais claras as minhas proposições.

** Livre-Docente e Doutora pela Universidade de São Paulo.

¹ Trad. Hildegard Feist. 6.ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 89.

Introdução

Por muito tempo considerada um método de “extração do sentido” e de “determinação do alcance” de uma significação que seria imanente a certo texto, a tarefa hermenêutica se encontra hoje revolucionada em seus próprios dados constitutivos.² Ponte entre a distância, histórica ou humana, entre espírito e espírito;³ momento normativo-constitutivo da verdadeira realização do direito;⁴ concretização, isto é, produção — e não “justificação” — de um texto normativo⁵ legal ou contratual, a interpretação é hoje considerada, constitutivamente, *uma questão de normatividade*, sendo tida como “momento da concreta e problemático-decisória realização do direito”.⁶

Uma tal mudança de orientação na teoria hermenêutica e, de modo especial, na hermenêutica jurídica, passou pela reformulação da antiga cisão entre posição, interpretação e aplicação do Direito. Entende-se, hoje em dia, serem *inseparáveis* o momento hermenêutico e o momento normativo,⁷ vindo este último distin-

2 Para uma síntese da trajetória da filosofia hermenêutica desde Schleiermacher (em cuja obra se localiza a origem das discussões da moderna hermenêutica filosófica) ver: SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 381-408.

3 Assim: “Si se ve la tarea hermenêutica como tender un puente que salve la distancia, histórica o humana, entre espíritu y espíritu (...)”. GADAMER, H. G. *Estética y hermenéutica*. 2. ed., reimpressão. Tradução espanhola de Antonio Gomes Ramos. Madrid: Tecnos, 2001, p. 55.

4 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 15.

5 MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução francesa de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993, p. 221 e ss.

6 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica*.... cit., p. 142.

7 Como registra Castanheira Neves, “o problema da interpretação não é hermenêutico, mas normativo” (*Metodologia jurídica*... cit., p. 143). Por sua vez, Eros Grau explica que interpretação é aplicação prática do direito, isto é: não existe um terreno composto de elementos normativos (= direito objetivo), de um lado, e, de

to, por sua vez, do momento positivo, ou momento de posição do texto normativo. Além do mais, *norma* e *texto normativo* não indicam a mesma realidade jurídica: este (o texto) é objeto da interpretação, aquela (a norma jurídica, legal ou contratual) *é o resultado da interpretação*,⁸ razão pela qual se afirma que as normas não “existem” como entidade verdadeiramente normativa antes do momento da interpretação, que é sempre contextual,⁹ isto é, informada e conformada por uma comunidade,¹⁰ uma tradição ou uma corrente de pensamento¹¹ que direcionam a *pré-*

outro, um terreno composto de elementos reais e empíricos. Assim, a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, X). Leia-se ainda: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios — da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22 e ss.

8 REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Questões de Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 9.

9 Na Filosofia da Linguagem escreveu Wittgenstein: “Assim com nós não podemos pensar objectos espaciais fora do espaço e objectos temporais fora do tempo, assim também não podemos pensar em *nenhum* objecto fora da sua possibilidade de conexão com os outros. Se posso pensar num objecto em conexão com um estado de coisas então não posso pensá-lo fora da *possibilidade* desta conexão” (*Tratado Lógico-Filosófico*, 20.121, p. 30). A teoria hermenêutica, por seu turno, assenta que toda a ciência jurídica “si constitue contestualmente” (VIOLA, F.; ZACCARIA, F. *Diritto e interpretazione — Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 1999, p. 428).

10 A idéia de “comunidade interpretativa” (*interpretative community* e *legal community*) serve para afastar as concepções voluntaristas que dominaram o século XIX, operando com as noções de que põem em relevo o papel da comunidade jurídica no momento hermenêutico, acentuando os vínculos intrínsecos entre a natureza da comunidade dos operadores jurídicos e a natureza do ato interpretativo à medida que a própria pré-compreensão (Gadamer) é fenômeno marcadamente cultural e comunitário. A propósito, ver: PARIOTTI, Elena. *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*. Turim: Giappicheli, 2000)

11 Assim: RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones — ensayos de hermenéutica*. Trad. Alejandrina Falcón. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 9. Sobre o espaço de liberdade do intérprete para a produção do sentido da norma ver: RODRIGUES, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica

compreensão — a ser entendida, simultaneamente, como condição da possibilidade da compreensão e fator de orientação da interpretação.¹² Descobre-se que a interpretação de um texto não diz apenas com o sentido de cada uma das palavras, nem mesmo apenas com a significação a ser atribuída a uma seqüência de palavras e frases, mas à significação dessas palavras e frases a partir de um *contexto* e das *funções* que a *experiência* indica serem atribuíveis ao que o texto descreve ou refere.

A ligação entre contexto, funções e experiência, resultante das novas reflexões sobre os nexos entre compreensão e interpretação, contribui para tornar “mais nítido o facto de a compreensão se fundar na *práxis* da vida”.¹³ Conduz, igualmente, a perceber que a interpretação não é “o ato”, mas “a atividade” ou processo de correlação entre palavras, frases, a tradição, o contexto do caso, e as funções da norma ou do instituto jurídico em causa,

jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT C.; RODRIGUEZ, J. R. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 277 e ss.

12 A referência é às idéias expostas por J. Esser e H. Gadamer. O termo “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), como elemento essencial do processo cognitivo indica, muito sinteticamente, o fator (ou conjunto de fatores), que *condiciona*, como momento inicial de uma projeção de sentidos, todo o *processo de compreensão* de um determinado problema jurídico, desde o modo de colocar-se o problema para o intérprete até a sua solução. Segundo Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende volta-se à abordagem de um texto já com uma pré-compreensão. A pré-compreensão constitui, portanto, *o âmbito que delimita o fluxo da interpretação*, seja a interpretação dos problemas que o Direito é chamado a resolver, seja a dos princípios e regras que direcionarão a solução dada (GADAMER, H. G. *Verdad y metodo*. Tradução espanhola de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1991, p. 331-332). Ajunta Esser que, ao interpretar um texto legislativo, o jurista não propriamente *revela* um sentido objetivo, preexistente na literalidade dos termos da norma em exame, mas *atribui* a esta norma um determinado sentido, que deriva de um sistema intrincado de significados jurídicos (*Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução de *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* por Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 4).

13 SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica cit.*, 2002, p. 387.

bem como a correlação entre aqueles e os valores jurídicos implicados. Como atividade que é supõe, portanto, um “ir e vir”¹⁴ entre o texto, os fatos e o valor que a ordem jurídica atribui, normativamente, aos fatos regulados por textos. Vista ao modo processual, a *atividade hermenêutica* inicia com a *qualificação* dos fatos (em si mesmo já resultante de uma prévia interpretação)¹⁵ — isto é, com a sua inserção em determinadas categorias jurídicas ou institutos — prossegue com a *confrontação* entre os dados normativos (resultantes daquela qualificação) e o caso; continua com a avaliação do caso *e de suas circunstâncias* à luz de elementos axiológico-normativos; e finaliza com a *ponderação* (que inclui a *organização* de todos esses dados) segundo escalas dadas pelo sistema, só então se podendo afirmar — e em vista do caso concreto — qual é o *sentido* da regulação jurídica proposta por um texto abstratamente vazado.

Pois bem: se em linhas muito singelas esse é o *perfil genérico* da atividade hermenêutica no Direito é preciso desde logo deixar claro que, no *campo específico* da hermenêutica contratual,¹⁶ essa atividade é ainda mais complexa.¹⁷

Este texto pretende demonstrar — ainda que com caráter de um *ensaio preliminar* — as razões dessa complexidade e as pautas que balizam a atividade hermenêutica no campo contratual se-

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y cit.*, p. 331.

15 Por exemplo, a determinação se determinada atividade é qualificável como gestão de negócios, ou mandato aparente; ou se há contrato de locação ou comodato, ou uma nova espécie contratual, ainda não nominada em lei etc.

16 Com razão Menezes Cordeiro ao assinalar que, conquanto integrar-se “nos vetores mais vastos da Ciência do Direito”, a interpretação negocial tem valores próprios, que ditam e justificam um regime particular (*Tratado de direito civil português*. I — Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I, p. 544).

17 A interpretação dos contratos é, como toda a interpretação balizada pela História, passando pelo prévio teste de responder “o que é” a atividade hermenêutica, “como se constitui” tal atividade, num passo e, em outro, o “que são” os contratos e “quais suas funções”. Essas questões não serão aqui enfrentadas, mas estarão subjacentes a cada linha.

gundo o Código Civil de 2002, examinando as razões que militam em favor do método por concreção no âmbito contratual, bem como os princípios incidentes (Primeira Parte) e os postulados normativos que pautam essa forma de raciocínio (Segunda Parte).

A fim de deixar mais claras minhas proposições, adianto que endossarei a idéia de a interpretação contratual não constituir a busca, *in abstracto*, da reconstrução da vontade (ou intenção) das partes subjetivamente considerada pela simples razão de não entender que os contratos são frutos da “autonomia da vontade”, mas da autonomia privada, que conota idéia diversa.¹⁸ Trata-se, mais propriamente, da busca *in concreto* dessa “comum intenção” a ser capturada segundo certas balizas.

A primeira direção (a busca, *in abstracto*, da reconstrução da vontade) seria conseqüente à adoção de um conceito de contrato focado, estruturalmente, na idéia de um “acordo entre duas vontades válidas”, porém, não defenderei a idéia da existência de “um” conceito de contrato. Este termo estará a indicar, daqui para frente, um instrumento proteiforme cuja unificação conceitual opera pela interligação de três pontos ou perspectivas, a saber: i) *funcionalmente*, pelo que a experiência indica ser, na atual

18 Não se confunda “autonomia privada” com “autonomia da vontade”. Essa expressão traduz aquilo que, no Direito Civil, foi a mais conspícua manifestação do voluntarismo (movimento ideológico de base da estruturação do Direito obrigacional moderno, a operar, para o que aqui concerne, pela ligação da vontade aos efeitos negociais). Em síntese apertadíssima, “autonomia da vontade” revela a atribuição à vontade humana de um poder criador de efeitos jurídicos. A vontade é expressa por manifestações que se supõem sejam congruentes com o querido (congruência necessária entre vontade e declaração, com a prevalência da primeira, em caso de dúvida, razão pela qual a interpretação se voltará à pesquisa da vontade ou “intenção” das partes) de modo que, no sintagma, o pólo forte está na expressão “vontade”. Já no sintagma “autonomia privada” o peso está no primeiro termo, “autonomia”, o dar-se normas que designa o poder jurídico de autodeterminação na ordem econômica. No campo negocial a autonomia é expressa por atos de comunicação social, “fatos sociais” objetivamente apreensíveis, como as declarações negociais e os comportamentos concludentes.

estrutura econômica, a distribuição de riquezas segundo arranjos de interesses modelados com relativa liberdade de conformação pelos particulares, com base na autonomia privada, ou por particulares e o Estado; ii) *estruturalmente*, pela presença de dois ou mais contraentes ligados por uma *expectativa de confiança*, legitimamente amparada em dados fáticos e jurídicos decorrentes de um ato comunicativo, no sentido de que tal arranjo de interesses deve ser cumprido segundo sua função e sua finalidade concreta; e iii) pela *eficácia* geradora da vinculabilidade das partes à manutenção do que pactuaram e tal qual pactuaram, se a pactuação foi conforme com o ordenamento e se essa conformidade permanecer durante o tempo da vigência do contrato.

I. Interpretação dos contratos entre autonomia e heteronomia

Os contratos constituem, precipuamente, *atos de comunicação*¹⁹ pelo qual as pessoas intentam enquadrar a vida social dos negócios de acordo com os princípios da autonomia privada,²⁰ da imputação responsável dos próprios comportamentos²¹ e da confiança, pressuposto da própria sociabilidade.²² Bastam estes três

19 Para um exame aprofundado desta perspectiva de análise, ver: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, 2 vols.

20 Vide nota 20, *supra*.

21 FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado...* cit., prólogo, IX.

22 No Direito Privado vêm conotadas ao termo “confiança” distintas funções. A confiança se pode apresentar como *princípio*, como *fundamento*, como *finalidade*, como *postulado ético* e como *pressuposto* de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal (atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva), e, ademais, como uma *necessidade* desta mesma ordem, como referi em: MARTINS-COSTA, J. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. V, t. I, p. 28-30. Na sua diversa funcionalidade pode estar referida tanto à causa (ou pressuposto) de uma regulação jurídica (tutela da confiança) quanto aos seus efeitos (“responsabilidade pela confiança”). São vários os comportamentos dos sujeitos apreensíveis como “atitudes de confiança”, assim como é distinta a formalização jurídica da confiança, havendo uma pluralidade de formas de sua apreensão às quais estão ligados diversos papéis e diversas graduações. Há, ainda que se dife-

princípios para se concluir que, enquanto a interpretação dos textos legais opera apenas com o plano da heteronímia, a interpretação contratual está cifrada no entrecruzar (complexo, dialético, escalonado) entre *heteronomia* e *autonomia*, conduzindo, como diz Scognamiglio, “al cuore stesso dell’ autonomia privata”.²³

E assim é não apenas porque os contratos se formam com base em declarações receptícias ou em comportamentos concludentes. É fundamentalmente porque, na interpretação dos contratos, nos defrontamos com o momento em que as regras derivadas de uma *ordem de autonomia* entram em contato com a *ordem de heteronomia*, uma e outra compondo o ordenamento jurídico — “ordenamento” porque sua função primordial e típica é justamente a de “pôr ordem” (ordenando, isto é, compondo complexas escalas de valores) e “pôr em ordem” (re-arrumando o caos, vazio primordial, espaço onde o princípio material de todas as coisas espera o momento da humana criação).

Não que essas duas diversas ordens — autonomia e heteronomia — no passado andassem paralelas. A história do Direito é formada pelo seu contínuo entretecer. Esse entrelaçamento, porém, nunca repete igual desenho, pois segue fatores historicamente singulares. No Estado contemporâneo a ordem da autonomia veio a entrecruzar com a ordem da heteronomia, por conta, fundamentalmente: i) do reconhecimento, pelo Direito, da concreta diferença entre as pessoas; ii) da adoção de políticas públicas por

reenciar a confiança nos planos sociológico, psicológico e jurídico. Estas distinções são relevantes, pois do contrário, como resultado da indistinção funcional, resultará uma “certa evanescência da confiança no discurso jurídico” (CARNEIRO DA FRADA, M. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17). Na passagem acima aludi à confiança como pressuposto da convivência e das trocas sociais, pois seria impensável pensar-se numa comunidade juridicamente organizada que se não assentasse em grau mínimo de confiança entre seus membros.

23 *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Pádua: CEDAM, 1992, p. 1.

meio de instrumentos jurídico-econômicos;²⁴ e iii) a globalização da economia, com o estabelecimento de inter-relações jurídicas em nível mundial. Voltemos a nossa atenção a esses fatores (1), examinando, posteriormente, o que é a concreção (2) e os princípios que a polarizam no campo contratual (3).

1. As razões da concreção contratual

Vivemos, presentemente, o fenômeno da pluralização da subjetividade jurídica.²⁵ Diante desse fenômeno, o ordenamento jurídico reconhece que o postulado normativo da igualdade formal dos sujeitos, conquanto relevantíssimo como *garantia*, não tem correspondência no princípio da igualdade substancial. Não apenas um mesmo indivíduo pode, conforme as circunstâncias, desempenhar diferentes papéis sociais, como a igualdade de forças em relação ao *alter é dissimile*: ora são pactuados contratos em quadros sociais de simetria de poderes, ora em quadros marcados pela flagrante desigualdade ou assimetria dos sujeitos contratantes, inclusive quanto ao exercício da sua liberdade, o que terá reflexos no exercício da autonomia privada, em seu papel conformador do conteúdo contratual. Como consequência do acolhimento, pelas categorias jurídicas, dessa evidência sociológica, ao instituto do contrato (e a sua interpretação), é reconhecida ao contrato uma *dimensão conceitual plural* e não-homogênea.²⁶ O

24 Tais como as normas que disciplinam a concorrência; as que estabelecem ou limitam juros; a correção monetária; a política cambial; as medidas protetivas de determinados setores econômicos; normas de incentivo, para outros; política de exportações etc.

25 MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: Congresso Brasileiro de Filosofia, IV, ago. 2002, *Anais...* João Pessoa, ago. 2002. Com maior desenvolvimento Culturalismo e experiência no novo Código Civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra*, Coimbra, 2002, p. 1-25.

26 Há décadas já se alerta para a inadequação de buscar-se um conceito e um regime jurídico unívocos para o direito contratual. Na França, Denis Tallon sublinhava, já em 1990, não vivermos mais o tempo no qual “le contrat était présent com-

contrato são *os contratos*, empregando-se o mesmo signo lingüístico como fórmula para designar: i) esquemas de ação exclusivamente interindividual, numa lógica econômica individualizadora (tais quais os contratos paritários, fundados no poder de auto-regulamentação e no dever de colaboração); ii) esquemas de ação interindividual e explicáveis, do ponto de vista econômico, numa “lógica de massa” (contratos formados por adesão e em escala massiva, mas admitindo, ainda, certa atenção à subjetividade dos contratantes, como os contratos de fornecimento de certos bens de consumo); iii) esquemas de ação metaindividual, compreensíveis, economicamente, numa lógica de massa ou grande escala (formados por adesão a condições gerais de negócios, sem considerações relevantes à individualidade dos contratantes, como os contratos bancários); iv) esquemas de ação transpessoal e cuja racionalidade ultrapassa a esfera do indivíduo, só se explicando numa dimensão comunitária (como os contratos de fornecimento de energia elétrica ou os de seguro), ou global (como contratos firmados no âmbito de grupos, redes, cadeias, ou conglomerados empresariais que ultrapassam as fronteiras nacionais).

Por seu turno a globalização²⁷ veio não apenas acentuar a tensão entre ordem normativa e ordem naturalista, entre Direito e mer-

me reposant sur un fondement sans faille” de modo a evidenciar-se, cada vez de modo mais claro, que “ le phénomène contractuel ne peut se contenter d’une explication unique” (L’*évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif, Revue Droits*, 12, 1990, p. 82 e 87). Na mesma época, na Itália, Guido Alpa acentuava: “ Il faut en conclure qu’on ne peut pas donner une définition générale et abstraite du contrat, mais plutôt une définition de chaque opération contractuelle conclue par les parties, comptue tenu des circonstances présentes au moment de la conclusion (Le contrat “individuel” et sa définition. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, p. 331, 1988).

27 Veja-se a penetrante análise de Joaquim de Souza Ribeiro sobre as inflexões na proteção ao consumidor sofridas em razão do Direito comunitário europeu, passando-se de uma perspectiva de proteção à pessoa do consumidor à proteção do mercado e da concorrência, por meio de uma abordagem economicista, correspondente à edição de normas de modo fragmentário e não sistemático (RIBEIRO, Joaquim

cado, como a afastar, em numerosíssimos casos, a possibilidade de pensar-se o contrato como uma operação jurídica e econômica *bastante em si mesma*, atinente, exclusivamente, a dois pólos contratantes e desligada de um contexto que, não raramente, é supranacional.²⁸ Ajuntam-se *novos modos de negociar, novos modos de estabelecer contratos e novos modelos contratuais*.

Com efeito, o século XX viu-se às voltas, no seu último terço, com um mosaico de tendências culturais, econômicas, científicas e sociológicas que, rapidamente, se vieram conectando e confirmando, de modo a configurar, em brevíssimo período, “uma verdadeira revolução no estilo de negociar”.²⁹ Confluíram-se, para tecer um inédito desenho social, o alargamento e a densificação dos mercados, a profusão dos produtos disponíveis e as técnicas (psicológicas, econômicas, jurídicas) que habilitam a sua circulação; as características tecnológicas dos meios permisivos de uma inacreditável velocidade das trocas; os modelos jurídicos autorizadores da multiplicação repetitiva dos atos jurídi-

de Souza. Direito dos contratos e regulação do mercado. Em *Studia Iuridica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 73, Coimbra, 2003, p. 225-241).

28 Com razão Avelãs Nunes ao pontuar que a globalização é um fenômeno complexo, que se apresenta sob múltiplos aspectos (de ordem filosófica, ideológica e cultural), “mas que tem no terreno da economia a chave de sua compreensão e a área estratégica da sua projecção”. Essa chave de compreensão está configurada em três características essenciais ao processo de globalização financeira que está no núcleo da globalização: a “desintermediação (substituição da tradicional intermediação da banca nos mecanismos de crédito pelo financiamento direto e o autofinanciamento dos grandes investidores institucionais); a descompartmentalização (a perda de autonomia entre os vários mercados, como o monetário, o mercado de câmbios, o financeiro, agora transformados num mercado financeiro único em escala nacional e transnacional); e a desregulamentação (plena liberalização dos movimentos de capitais) (Neoliberalismo, globalização e desenvolvimento econômico. *Boletim de Ciências Econômicas*, XVI. Coimbra, p.17-30, 2002). Ora, essas três características atinam diretamente com os contratos, formas jurídicas que as podem viabilizar.

29 FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado...* cit., prólogo, VIII e IX. Grifei.

cos, multiplicação conseqüente à contratação massificada por adesão; *formas moleculares* de associações interempresárias;³⁰ e o virtual anonimato dos contratantes (derivado da despersonalização dos vínculos, seja por conta da forma de contratação, seja pelo meio em que essa ocorre). Novas estratégias de convencimento são constantemente pensadas, formuladas e reformadas nos “*mercati senza confini*”.³¹

Ao novo “estilo de negociar” juntou-se a existência de novos modos de estabelecer contratos, conseqüentes à expansão, à sofisticação técnica e às peculiaridades dos meios eletrônicos. E a tudo se somou a criação de novos modelos contratuais. Basta pensar na existência de redes, cadeias e grupos contratuais, formas expressivas de operações econômicas múltiplas, complexas e não raramente conexas, porquanto marcadas por uma *unidade finalista*, por uma “supracontratualidade”,³² também o direito

30 A propósito, fala-se mesmo numa forma molecular de organização econômico-jurídica, derivada da “*a passagem da era atomística à era molecular do direito das sociedades*”, diz Rodière. O “átomo cedeu lugar à molécula”, reitera José Engrácia Antunes, para quem a fisionomia da prática empresarial contemporânea deixou de ser “fielmente retratada pela sociedade individual e isolada (empresa unissocietária) para passar a rever-se essencialmente na emergência de grupos societários” (ambas as passagens em: ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 42-44).

31 Assim o livro de: VICARI, Salvatore. *Nuove dimensioni della concorrenza — strategie nei mercati senza confini*. Milão: EGEA- Giuffrè, 1989 (ristampa, 1998). Já no final dos anos 80 o autor pesquisava os novos terrenos que vinham sendo abertos, arrolando como “tendências” — a final, concretizadas — i) a economicidade que passava a revestir a informação; ii) as novas tecnologias, originadas da microeletrônica, da informática, da bioengenharia e da expansão das formas comunicativas no espaço; iii) a globalização dos mercados; iv) o conseqüente alargamento da concorrência; as alianças e novas formas cooperativas interempresariais; e v) à renovada importância das fusões interempresariais.

32 LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contractos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t., I, p. 40. Explica o autor: “Assim como há uma finalidade perseguida através de um contrato, e isto motivou uma categorização muito útil para o Direito, há uma finalidade supracontratual. Nesta, as finalidades econômico-so-

dos contratos vivenciando, tal qual o Direito societário, o momento de “passagem do átomo à molécula”.³³

Por fim, quanto ao impacto das políticas públicas no espaço que há um tempo parecia assegurado ao mercado, forçoso é reconhecer que, embora enfraquecido o papel do Estado pela “desregulamentação” seguida ao predomínio das políticas neoliberais, o certo é que, ao menos no Brasil, e ainda, o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” (CF, art. 174, *caput*). Proferem assim, continuamente, normas que implementam políticas públicas e regulam setores, seja por meio de uma disciplina específica (leis de proteção da concorrência; do consumidor; do meio ambiente), seja por meio de *princípios e diretrizes* densificados pela atividade judicial.

De tudo resulta um novo modo de pensar-se a hermenêutica contratual. O intérprete não mais — ou não mais apenas — se vê às voltas da “comum intenção” dos contratantes, devendo considerar outros complexos elementos, pois o campo da autonomia não é pensável como se fosse uma mônada, restrita à irredutibilidade do sujeito, mas é visto em sua concreta circunstancialidade. Cabe ao intérprete, portanto, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do “sistema contratual” em que eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contraentes, pois o princípio da desigualdade material convive com o da igualdade formal; ter presentes os motivos que ensejaram o ato comunicativo, percebendo, no espírito e na letra do Código Civil, o relevantíssimo papel reservado às “circunstâncias do caso”.

ciais são distintas ou mais amplas das que existem nos contratos social ou legalmente típicos, de modo tal que estes últimos são usados instrumentalmente para alcançar àquelas.”

33 Vide VICARI, Salvatore. *Nuove dimensioni della concorrenza — strategie nei mercati senza confini*. Milão: EGEA- Giuffrè, 1989 (ristampa, 1998).

Não que os chamados “elementos”³⁴ da interpretação (gramatical ou filológico, lógico, histórico e sistemático) sejam de ora em diante desprezíveis. Pelo contrário, são regras técnicas e *pautas argumentativas* que funcionam como poderosas ferramentas para o intérprete, sendo — conjuntamente com os “elementos” axiológico, finalista e funcional — verdadeiramente *imprescindíveis* para que a atividade hermenêutica não resvale para um perigosamente incontrolável subjetivismo, para um voluntarismo judicial em tudo oposto aos postulados da Democracia.³⁵ Instrumentos auxiliares para situar o processo interpretativo em níveis de objetividade compatíveis com a ordem democrática, esses elementos não esgotam, porém, a metódica da interpretação contratual. Em suma, agora, *o pólo da autonomia vem situado em sua circunstancialidade*. Essa é apreendida, no plano hermenêutico, mediante o raciocínio por concreção.

2. O raciocínio por concreção

Raciocinar por “concreção” não significa, como por vezes ingenuamente se figura, a mera “individualização” (como termo indica-

34 Também chamados “métodos”, os “elementos” e “tipos” de interpretação constituem regras técnicas que visam à obtenção de um resultado, possibilitando orientações para os problemas de ordem sintática, semântica e pragmática que dificultam a decidibilidade dos conflitos, como explica: SAMPAIO FERRAZ, Tércio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 286.

35 Tem inteira razão Marcos Ludwig ao assinalar: “De fato, o principal desafio que se impõe (...) é justamente o de fornecer elementos teóricos para que a prática jurisdicional, solta das amarras puramente lógico-dedutivas, não gere decisões arbitrárias. Diante de cada caso particular, mesmo dos mais rotineiros, não há dúvida alguma de que o intérprete traz consigo uma determinada compreensão dos fatos e do direito, uma determinada ‘conjetura’ ou ‘expectativa de sentido’. O que não se pode conceder, porém, em atenção à segurança jurídica, é que essa compreensão se limite ao subjetivismo do intérprete. Tem de haver, caso por caso, uma mediação entre direito (aspecto objetivo) e consciência jurídica (aspecto subjetivo), a ser obtida mediante a compreensão, pelo intérprete, do ambiente em que está inserido” (*Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005).

tivo de um particular indivíduo — como “o senhor fulano de tal, que mora na cidade de X”). Do mesmo modo a concreção não se opõe à noção de *sistema*, essencial para a racionalidade do Direito, cabendo razão a Humberto Ávila quando anota: “Quando se aplica, sem valorar sistemática e problematicamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do Direito”.³⁶ Não constitui, bem por isso, nenhum passaporte para o subjetivismo, para uma livre “produção de sentidos” por parte do intérprete,³⁷ para o estabelecimento, pelo juiz, de decisões *ad hoc*.

A concreção é um método hermenêutico pelo qual as normas de dever-ser, consideradas como “modelos de ordenamento materialmente determinados”,³⁸ são compreendidas “em essencial coordenação com o caso concreto, que os complementa e lhes garante força enunciativa”,³⁹ assim se possibilitando a sua *determinação* ou *especificação*.⁴⁰ Como assegura Friedrich Müller, trata-se de um *processo multidirecional* em que direito e realidade se complementam e interpenetram continuamente, fornecendo os elementos necessários à decisão final.⁴¹ Em tal sentido, o termo “concreção” designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em conside-

36 *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Porto Alegre: UFRGS, 1994, inédito, p. 55-56.

37 Sobre o espaço de liberdade do intérprete para a produção do sentido da norma ver: RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos... cit., p.277 e ss.

38 Isto porque os princípios têm valência numa dimensão de ponderação com outros princípios e regras, isto é, o seu conteúdo é atendido ponderadamente em confronto com outros princípios e com as circunstâncias concretas. Para o desenvolvimento, ver: MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho constitucional*. 2. ed. Trad. Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 34 e ss.

39 MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho...* cit., p. 54.

40 Reconhece Engisch a relação de reciprocidade entre concretização e determinação e especificação, ainda que esses termos não se confundam (ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Navarra, 1968, V, p. 98 e ss).

41 *Métodos de trabalho...* cit., p. 49.

ração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) *em sua correlação* com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica *sopesar* os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao “tornar concreto” o intérprete adota uma *atitude de ordenação e de estabelecimento de relações*⁴² compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa. A questão está em estabelecer *como* se realiza a construção do significado por via da concreção.

Para Engisch — talvez o primeiro a dedicar obra específica à concreção no Direito⁴³ — esse modo de raciocínio se realiza “através da pesquisa da valoração conforme ao espírito da época, mas sem retirar essa determinação do conceito como tal”, tomando-se em consideração — “nos limites em que tal é possível e faz sentido” — a configuração especial do caso *sub judice*.⁴⁴ Ao referir os princípios Esser chega a dizer que o seu conteúdo só pode ser determinado mediante “síntese judicial”, de acordo com o caso concreto e com as concretizações sofridas pelo princípio nos precedentes judiciais.⁴⁵ Já Canaris, tendo presente que os princípios “necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio”,⁴⁶ assegura que a atividade de concreção implica em cruzar valorações com dados sistemáticos.⁴⁷ Na doutrina brasileira Humberto Ávila arrola critérios integradores da

42 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* cit., p.90.

43 *La Idea de concreción...* cit.,.

44 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 241.

45 *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial de derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 195.

46 *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 96.

47 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...* cit., p. 44.

concreção,⁴⁸ concluindo, muito acertadamente, que o sistema é fator de legitimação e de limite para a aplicação (concreção), sendo essa o processo que compõe “um conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhes sentido diante do caso concreto, com base em valores sistemáticos e problemáticos”.⁴⁹

Efetivamente, o método da concreção não afasta — antes requer — a referência ao sistema e aos seus princípios. Por isso mesmo não se apresenta como substitutivo do método da subsunção nem da *lógica da inferência*, peculiar ao raciocínio dedutivo. Conquanto uma subsunção rigorosa seja rara no Direito das Obrigações (que opera em grau mínimo com o princípio da tipicidade), na redação de contratos se tem utilizado com frequência a “técnica da proteção literal”, pela qual as partes ajustam a exclusão convencional da polissemia, seja pactuando previamente o significado a ser atribuído aos termos e expressões empregados, seja inventando novas unidades lingüísticas com valência no contrato ajustado. Nesse caso, as próprias partes *convencionam a interpretação* a ser conferida a palavras, frases e eventos, reduzindo ao máximo a vagueza e possibilitando, em tese, uma subsunção, isto é, uma correspondência entre identidades (a que está prevista *in abstracto* e a que pode se realizar *in concreto*).

Caberá, então, o emprego dos elementos da interpretação antes referidos justificando-se até mesmo a busca da “comum intenção” dos contraentes ao convencionarem a interpretação. Mesmo nesse caso, porém, poderão remanescer zonas de indefinição de significado que necessitarão ser concretizadas, cabendo ainda — e sempre — a concretização da norma de dever-ser contratual segundo os princípios constitucionais estruturantes da ordem jurí-

48 Nomeadamente, as idéias de i) finalidade concreta da norma; ii) pré-compreensão; iii) valoração judicial dos resultados da decisão; iv) precedente judicial; v) consenso como fundamento parcial da decisão (*Subsunção e concreção... cit.*).

49 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção... cit.*

dica democrática; os princípios informadores da ordem econômica; os princípios específicos da hermenêutica contratual e os postulados fático-normativos da concreção.

3. Princípios da concreção contratual

O direito contratual contemporâneo tem, entre suas características, o fato de vir situado num “quadro de referências principiológicas”,⁵⁰ além da atenção às “circunstâncias do caso” que têm uma dimensão objetiva e outra subjetiva⁵¹.

Expressa aquela primeira característica o Código Civil de 2002 que inaugura com o explícito arrolamento dos princípios o Livro dos Contratos considerando princípios *contratuais*, o da liberdade contratual (art. 421, primeira parte); da função social do contrato (art. 421, segunda parte); o da proibidade (art. 422, primeira parte); o da boa-fé (art. 422, segunda parte); o da proteção ao aderente, nos contratos formados por adesão (arts. 423 e 424); o da atipicidade (Código Civil, art. 427); o da equidade, que não está expresso, mas vem suposto em inúmeras regras e é informador do princípio da proteção do aderente, e o do equilíbrio contratual, deduzido de certas regras e com valência nos contratos comutativos.

Os princípios *contratuais* propriamente ditos podem ser sistematizados em dois grandes grupos: de um lado, os princípios da dogmática contratual, ou “princípios dos contratos” que se dirigem *imediatamente* ao legislador e às partes e *mediatamente* ao intérprete; de outro, os princípios da hermenêutica contratual⁵²

50 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205.

51 Ver, *infra*, parte II.

52 Os princípios da dogmática e os da hermenêutica contratual poderão vir nominalmente superpostos, como o princípio da boa-fé que no Código Civil atua como princípio hermenêutico (art. 113) e como princípio da dogmática contratual, seja balizando a ilicitude (art. 187), seja criando deveres de conduta (art. 422). Conquanto a identidade facial, haverá, todavia, distinção funcional.

que se dirigem *imediatamente* ao intérprete. Estes, por sua vez, podem ser sistematizados em torno de três grandes eixos valorativos: a liberdade, a confiança legítima e a utilidade do contrato.

(i) A liberdade contratual é sempre *liberdade situada*.⁵³ Desde as descobertas de Marx e de Freud sobre os condicionantes econômicos e psíquicos que acabam por ser constituintes do sujeito, as palavras “liberdade”, “autonomia” e “autodeterminação” devem ser compreendidas circunstancialmente, sob pena de se tornarem, para o Direito, palavras encantadas.⁵⁴ Portanto, para assim não se tornar, o princípio da liberdade atuará em medidas de intensidade escalonadas segundo a situação fático-normativa.

(ii) A confiança é a matriz do princípio hermenêutico da *boa-fé* que importa em interpretar e integrar os contratos segundo os valores da legítima crença e da conduta proba, correta e leal. Na concretização do que seja a legitimidade da crença e a correção da conduta importa, obviamente, ponderar a normalidade social dos comportamentos, dos papéis sociais desempenhados pelos contraentes e o sentido das representações recíprocas a respeito,⁵⁵ para o que critério da maior relevância é detectar o *campo de vida* em que inserido o ajuste: será uma relação de consumo?

53 Isto é, que considera os efetivos poderes sociais de expressão da liberdade de ação, sendo sempre modulada, no caso, pela incidência de outros princípios e regras. Por exemplo, a proteção da parte contratualmente frágil; a proteção da livre iniciativa que implica a formulação de regras garantindo a livre concorrência; a atenção a bens de interesse comunitário, como o meio ambiente sadio; a função social do contrato etc. (aludi ao tema em: MARTINS-COSTA, Judith Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, n. 1, p. 41-66, maio de 2005).

54 A expressão “palavra encantada” foi usada em 1935 por Felix S. Cohen no âmbito do realismo jurídico norte-americano ao apresentar o “método funcional” que visava afastar uma concepção metafísica do Direito, traduzida, entre outros fatores, pelo emprego de “conceitos desprovidos de significado”, isto é, que não poderia ser traduzidos em termos de experiência efetiva (COHEN, F. S. *El método funcional en el derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 55).

55 CARNEIRO DA FRADA, M. *Teoria da confiança...* cit., p. 448.

Um contrato interempresarial? Um ajuste entre particulares que não caracteriza relação de consumo? Um ajuste que tipifica relação de emprego ou relação de direito administrativo?

Conforme a resposta dada a essas questões não apenas outros princípios se combinarão, mas a lógica econômica e social do contrato será diversa, o que terá reflexos imediatamente no investimento de confiança concreta e objetivamente daí derivado.

(iii) A utilidade socioeconômica deriva da própria razão de ser do contrato como instituto jurídico, instrumento de circulação de riquezas,⁵⁶ cuja utilidade pode ser individual e geral. Evidentemente, as regras da utilidade econômica (como maximização ótima dos recursos) não podem explicar, por si sós, o regramento jurídico dos contratos, sob pena de serem afrontados critérios de justiça comutativa, corretiva e distributiva. Isto não obstante, a utilidade econômica (individual ou geral) pode e deve ser considerada na interpretação, importando em vários subprincípios, como o da conservação do negócio, expresso no brocardo “*utile per inutile non vitiatur*” e em regras, como a do parágrafo único do art. 395 do Código Civil.

A esses princípios se acrescentam certos princípios *constitucionais* relevantes para a hermenêutica contratual. São os princípios da asseguaração à *dignidade da pessoa humana*,⁵⁷ à *liberdade*, à *justiça* e à *solidariedade social*, à *existência digna*,⁵⁸ os quatro

56 GHESTIN, Jacques. Le juste et l'utile dans les contrats. *APD*, 26, p.36 e ss, 1981. Também em *La notion de contract*. Dalloz, Cr., 1990, 23.º cahier, p. 147. Nestes textos que tiveram larga fortuna, propôs o autor a conciliação dos critérios da utilidade e da justiça, pois se só o critério da utilidade (econômica) fosse utilizado, haveria a oposição concreta entre o justo e o útil. (ver Ainda: COIPEL, Michel. La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile. *Rev. Jur. Thémis*, 24, n. 3, p.486, 1990.

57 CF, art. 1.º, III, para a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos” do Estado Democrático de Direito; e art. 3.º, I, sendo a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, objetivos da República Federativa do Brasil.

58 CF, art. 170, *caput*. Os incisos do art. 170 consignam, sob o nome de “princí-

primeiros ditos “estruturantes”, por estruturarem a própria ordem jurídico-democrática e o seguinte por estar posto como um dever-ser, finalisticamente orientado, da ordem econômica, na qual se inserem os contratos. A Constituição ainda alberga *garantias e diretivas políticas*, como a garantia à livre concorrência, à defesa do consumidor e à defesa do meio ambiente (art. 170, incisos V a VI) e ao livre exercício das atividades econômicas (art. 170, parágrafo único). As garantias e as diretivas econômicas, a par de atuarem como pautas argumentativas no plano hermenêutico, terão ainda expressão constitucional e infraconstitucional em normas principiológicas (como a que garante a livre concorrência), em regras (como a que regula a responsabilidade objetiva em decorrência de dano ambiental) e em postulados fático-normativos (como o da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo).

Todos esses princípios convocam, para o contrato, uma ordem normativa que, embora situada num plano distinto ao da estipulação das partes, o envolve⁵⁹ e modela, sujeitando os contraentes à sua observância pelo modo como são observados os princípios. Porém, esses eixos valorativos não dizem *como* a interpretação deve ser feita. Esta é tarefa própria aos postulados normativos.

II. Os postulados normativos da concreção contratual

Postulados normativos são normas que “estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”.⁶⁰ Com rigor intelectual exemplar Humberto Ávila distingue entre princípios

pios”, princípios e diretrizes políticas, a saber: soberania nacional, proteção à propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

59 Assim a imagem utilizada, a respeito do princípio da boa-fé contratual, por: CARNEIRO DA FRADA, M. *Teoria da confiança...* cit., p. 432.

60 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* cit., p. 88.

e postulados afirmando que, em vez de promoverem, como os princípios, um determinado fim, os postulados não impõem a promoção de fins, mas “estruturam a aplicação do dever de promover um fim”, prescrevendo — em vez de comportamentos — modos *de raciocínio e de argumentação* relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.⁶¹ No Código Civil as “circunstâncias do caso” constituem um postulado fático-normativo (1) a ser observado segundo determinados elementos de concreção (2).

1. As “circunstâncias do caso”

O Código Civil determina, em variadas passagens, a relevância das “circunstâncias do caso”, verdadeiro postulado normativo que transparece, com essa ou com similares denominações, em várias passagens (*v.g.*, “conforme as circunstâncias exigirem”;⁶² “conforme as circunstâncias” (do caso) ou “conforme os usos”;⁶³ “uso a que se destina” ou “fim a que se destina”;⁶⁴ “usos convenionados ou presumidos”;⁶⁵ “costumes da localidade”⁶⁶).

Qual seria a razão de ser deste postulado fático-normativo?

Linhas atrás aludi ao fenômeno da pluralização da subjetividade jurídica e em sua importância para o Direito contratual. Essa pluralização é marcante nas relações contratuais abrangidas pelo Código Civil, cujo destinatário é a *pessoa*. Desde que abolida a escravidão, trata-se de uma noção *absoluta* cujo universo é am-

61 *Teoria dos princípios...* cit., p. 89.

62 Art. 690.

63 Arts. 24, 138, 151, parágrafo único; 152, 156, parágrafo único, 233; 311; 320, parágrafo único; 327; 500, § 1.º; 569, inciso I; arts. 113, 445, § 2.º; 529; 628, parágrafo único; 658; 695, *caput* e parágrafo único; 699; 700; 701; 724; 753, § 1.º; 869, § 1.º; 869, § 1.º; 953, parágrafo único .

64 Arts.566, inciso I; 567.

65 Art. 569, inciso I.

66 Art.1.297, § 1.º.

plíssimo, uma vez que o designativo de “pessoa” vale para todos os seres humanos (fortes e fracos, informados e desinformados, pessoas físicas e pessoas jurídicas, compradores e vendedores) e para todas as entidades personalizadas, em todos os momentos de sua existência.⁶⁷ Para tornar mais clara essa consideração, basta pensar, comparativamente, no destinatário do Código de Defesa do Consumidor. “Consumidor”, para efeitos daquela regulação jurídica, configura uma noção estatutária e relacional,⁶⁸ isto é: só pode ser chamado de consumidor quem estiver situado numa determinada relação (relação de consumo) e numa determinada posição (ou *status*), ou quem for equiparado, para certos efeitos, a consumidor, o que significa dizer que o universo do Código de Defesa do Consumidor é muito menos extenso que o abrangido pelo Código Civil.⁶⁹

Pois bem: no âmbito dos contratos regidos pelo Código Civil se impõe o postulado normativo das *circunstâncias do caso* justamente em razão do cunho absoluto e hipercomplexo da noção de pessoa que está em sua base: *todos* somos pessoas, em *todas* as circunstâncias de nossas vidas; *todos* somos consumidores *apenas* quando atuarmos no mercado de consumo (ou formos atingidos por ele). Por isso a importância, para a aplicação do Cód-

67 Passo ao largo da questão de saber se o embrião é pessoa, não porque não seja importante, mas porque foge aos objetivos deste estudo. Remeto a: ALVES, Cristiane Avancini. *O estatuto jurídico do embrião humano*. Dissertação de Mestrado, Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005.

68 Para o conceito de “consumidor” no Direito brasileiro ver: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 252-325. Ainda a excelente tese com uma fina análise dos vários “conceitos de consumidor” vigentes no Direito brasileiro (BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *O conceito jurídico de consumidor: análise comparada entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino*. Porto Alegre, 2004, no prelo).

69 Não se trata de mundos apartados, pois o consumidor é pessoa (no Direito brasileiro, pessoa física e jurídica). Porém, a distinta destinação e o distinto raio de abrangência das regras de um e de outro Código demarca uma diferença no modo de interpretação das normas legais e contratuais incidentes num e noutro “campo jurídico”.

go Civil do postulado fático-normativo das “circunstâncias do caso”, pois em cada caso, em cada contrato, serão as circunstâncias que *darão o tom*, vale dizer — *constituirão o filtro* — pelo qual devem ser ponderados e sopesados os princípios e as regras contratuais, por isso, tendo importância decisiva no *modo e na escala de aplicação dos princípios*, permitindo discernir entre o seu valor facial, ou meramente nominativo, e o seu valor propriamente hermenêutico.⁷⁰

70 Daí a inadequação, a meu juízo, da proposição adotada pela maioria dos juristas integrantes da III Jornada de Estudos sobre o Código Civil (Conselho da Justiça Federal — Brasília, dezembro de 2004), ao aprovarem proposição de enunciado aos arts. 421 e 422 vazado nos seguintes termos: “Enunciado: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”. No meu entendimento, aí ocorreu indevida confusão entre o “nome” dos princípios e o seu valor propriamente normativo. Exemplifico com o princípio da boa-fé que prescreve (como princípio da dogmática contratual) um “estado de coisas ideal”, a saber, uma conduta contratual recheada pelo cumprimento de deveres de cooperação e atenção aos interesses legítimos do *alter*: enquanto numa relação interempresarial a cooperação pode não implicar na dação de informações completas, minudentes, quase “óbvias” sobre o produto a ser comercializado (pois os comerciantes conhecem o mercado), cingindo-se a uma *atitude de lealdade* (que pode *supor* o compartilhamento de informações e dados sobre o produto e não é obstada por atitudes omissivas quanto ao emprego de estratégias empresarias que implicam o sigilo), nos contratos realizados “em qualquer setor da economia em que se trabalha com a captação da poupança popular, todas as informações devem ser claras, a fim de evitar que incautos sejam ilaqueados em sua boa-fé” como recentemente o Judiciário decidiu (TJRS, 14.^a C. Civ., Ap. Civ. 70010979599). Por esta razão, nestes últimos, o contratante “forte” deve esclarecer não apenas as características do produto comercializado (um automóvel) mas, inclusive, ocupar-se em informar o comprador sobre as distintas eficácias das formas contratuais “compra-e-venda parcelada”; “consórcio” e “títulos de capitalização sujeitos a sorteios”, para que o contratante fraco saiba em que medida e em quais condições poderá fruir o bem expectável, nos termos da declaração negocial. Por isso, no mesmo caso judicial acima referido, compôs o raciocínio judicial conclusivo da responsabilidade contratual da empresa, a consideração da circunstância da lesada pela declaração negocial da empresa ser “pessoa(s) de poucos recursos financeiros ou culturais — como a maioria do povo brasileiro” e, por isso, subjetiva e objetivamente suscetível a uma fácil per-

Impõe-se o postulado normativo das “circunstâncias do caso” em matéria contratual porque que em cada contrato — disse-o bem Pontes de Miranda —, o intérprete “ está diante de manifestação de vontade de A e de manifestação de vontade de B, *cercado pelo modo de conduzir-se de A e de B e pelas circunstâncias*”.⁷¹ Por isso mesmo, como observa Marcos de Campos Ludwig, a atividade de interpretar não se restringe ao que consta no eventual instrumento contratual. O intérprete deve ter presente que o negócio jurídico “jamais é formado tão-somente por manifestações de vontade, nem mesmo apenas por condutas, mas igualmente por determinadas circunstâncias que o cercam”.⁷² Como veste jurídica das operações econômicas⁷³ os contratos estão fortemente atados às exigências práticas, por isso estando ligados aos *dados contextuais*, alguns deles extrajurídicos: no exame de contratos interempresariais, hão de ser considerados, por exemplos, dados atinentes aos interesses empresariais estratégicos e econômicos que o ajuste visou instrumentalizar. Por esta razão o intérprete deve ter presente inclusive as regras que regem o setor econômico no qual inserida a operação (econômica) a que o contrato visa instrumentalizar.

O exame das “circunstâncias do caso” implica na consideração do *inteiro comportamento dos contraentes* avaliando-se inclusive *efeitos* que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia, concretamente considerada, seja a conduta anterior à conclusão do negócio, seja a posterior, por conta do *princípio da confiança*. É também importante atentar para outros atos, atividades, comportamentos ou circunstâncias que tenham *conexão finalística* com o negócio, considerado em sua funcionalidade

suasão, aludindo o acórdão à circunstância de as pessoas dotadas de parques recursos culturais serem “facilmente persuadidas” por uma publicidade agressiva.

71 *Tratado de direito privado*. § 4.202, I. Rio de Janeiro: Borsóí, t. 38, Rio de Janeiro: Borsóí, 1962, grifei.

72 *Usos e costumes...* cit., p. 122.

73 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 1989.

econômico-social (*princípio da utilidade*). Essas circunstâncias formam o contexto da declaração permitindo detectar, com caráter de objetividade, a “intenção *consubstanciada* na declaração” (art. 112, *in fine*), pois o Código acolheu a teoria da confiança⁷⁴ que configura, em termos de ciência jurídica, a adstrição a um princípio objetivo, mas sujeito à determinação no caso,⁷⁵ isto é, sujeito à concretização.⁷⁶

O postulado normativo das “circunstâncias do caso” é integrado por elementos fáticos e normativos. Os primeiros podem ser subjetivos (ligados à pessoa dos contraentes ou ao seu papel social) e objetivos (relacionados ao objeto contratual e aos seus demais

74 Entendo que, ao modificar o teor do art. 85 do Código de 1916 e introduzir no art. 112, que lhe corresponde, a expressão “intenção nelas consubstanciada” (referindo-se às declarações de vontade negocial) o Código de 2002 não acolheu nem a teoria da vontade nem a teoria da declaração, mas a teoria da confiança que decorre de um amoldamento conferido à teoria da declaração. No mesmo sentido é também o entendimento de: LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. Parte Geral. 2. ed. Coord. Everaldo Cambler. São Paulo: RT, 2003, vol. 1, p. 231 e ss. A teoria da confiança sintetiza uma espécie de ponto de equilíbrio entre a “teoria da vontade” e a “teoria da declaração” (designação para variados pontos de vista que, sobretudo no Direito alemão, vieram, a partir da obra de Jhering, já nos finais dos oitocentos, atender à necessidade de proteção dos interesses do declaratório e também de terceiros). Primeiramente, a declaração passou a ser vista de modo autônomo, adquirindo, aí — como observa Mota Pinto — quase que um valor equivalente ao que tinham as palavras no formalismo arcaico do Direito Romano. A declaração negocial passou a imputado, em suma, um sentido *objetivo e geral*, isto é, abstratizante. Porém, “tamanho formalismo não se compactua com as necessidades sociais, que o Direito visa proteger”. Assim é que, expurgados também esses excessos, passou a ser conferida à declaração negocial um *valor autônomo*, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor “objetivo e geral” e sim aquele *que o declaratório podia retirar da declaração*, segundo os usos e as circunstâncias do caso, segundo padrões de razoabilidade (MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 26 e ss).

75 Diversamente da teoria da declaração, polarizada por um princípio objetivo e generalizante, como anota: MOTA PINTO, Paulo. *Declaração...* cit., p. 27.

76 Daí a razão pela qual as circunstâncias não devem ser consideradas apenas no caso de vinculação negocial pelo silêncio, a teor do art. 111.

elementos objetivos). Exemplificativamente, entre os primeiros, estarão certas características subjetivas dos contraentes⁷⁷ ou a conduta pré-contratual das partes; entre os segundos, os usos do local da contratação; o tipo contratual; a ambiência econômica na qual desenvolvida a relação contratual; a função econômico-social do negócio etc.

2. Os elementos de concreção das “circunstâncias do caso”

Façamos referência a três dos elementos fáticos expressamente nomeados no Código Civil, qual seja, a relevância atribuída aos “usos”, coligadamente à boa-fé hermenêutica (art. 113), a “finalidade econômico-social” do direito (art 187, *in fine*) e os “motivos determinantes do negócio, comuns a ambas as partes” (art. 166, inc. III).

2.1 Os usos do tráfego negocial

O art. 113 do Código Civil determina sejam os negócios jurídicos “interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Trata-se, bem entendido, de uma atuação dos usos — também chamados “usos do tráfego jurídico”, que não se confunde, para os efeitos aqui examinados, com a sua operatividade como *norma* consuetudinária, nem como fonte de produção normativa (modelos consuetudinários, na dicção realeana),⁷⁸ mas

77 Exemplificativamente, o STJ, ao não acolher recurso de decisão que rejeitara o pedido do agente do sistema financeiro de habitação de execução do contrato, alegando vencimento antecipado do saldo devedor em razão de o mutuário possuir duplo contrato de financiamento pelo SFH na mesma localidade. O mutuário alegou, por sua vez, que se desfizera do primeiro imóvel, por meio de contrato particular, o que, para o SFH seria indevido. No caso considerou-se que embora a transferência do imóvel tenha se operado por instrumento particular, é de se ter por cumprida a exigência contratual de alienar o imóvel, notadamente em face de que, por uma questão de razoabilidade, do mutuário, pessoa humilde e de poucas posses, não se pode exigir interpretação técnica da disposição contratual (STJ, REsp 396745/PR, 1.ª T., j. 15.02.2005, DJ 18.04.2005, p. 213).

78 Reportamo-nos à teoria realeana das fontes e dos modelos do direito exposta

como elementos para interpretação dos negócios jurídicos, valendo recordar a distinção tradicional entre os “usos negociais” e os “usos normativos” (ou usos como fonte de produção jurídica direta).⁷⁹ O art. 113 direciona, porém, aos usos como critério hermenêutico. Abrange, assim, aqueles elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusulas habitualmente utilizadas em determinados setores da economia ou “ramos do comércio” ou por categorias profissionais⁸⁰ etc.

Coligados à boa-fé subjetiva (de quem “acreditou” no *id quod plerunque accidit*) e à boa-fé objetiva (como *standard* de conduta leal na relação contratual) os usos terão, na acepção do art. 113, função hermenêutica e inclusive integrativa do contrato, neste caso colmatando lacunas e, inclusive, com possibilidade de derrogar normas dispositivas.

É interessante observar que os usos, como relevantíssimo critério de concreção, já haviam sido reiteradamente acolhidos nas famosíssimas doze “*règles pour l’interprétation des conventions*” que Pothier⁸¹ formulou com base na sabedoria do *jus commune*. Essas regras se prestam — desde que devidamente atualizadas em sua forma expressiva e deslocadas de seu fundo ideológico voluntarista — a auxiliar a concreção. A *quarta regra*,⁸² por exemplo, é determinativa de atribuição de sentido “conforme

em: REALE, Miguel. *Fontes e modelos no direito — para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

79 LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes...* cit., p. 122 e ss.

80 ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. *L’interpretazione del contratto — Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2001, p. 158-159.

81 *Traité des obligations*. Paris, 1835, p. 53-54, n. 91 e ss. As regras a seguir transcritas estão em: ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. *L’interpretazione del contratto...* cit., p. 16-20.

82 “Ce qui peut paraitre ambiguë dans un contrat, s’interprète par ce qui est d’usage dans le pays.” “Semper in stipulationibus et in coeteris contractibus id sequimur quod actum est; aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione, in qua actum est, frequentatur.”

os usos do país”. Aí se evidencia que a própria palavra “contrato” tem um significado lingüístico só apurável contextualmente (o que um jurista da *civil law* chama de “contrato” será *agreement*, *contract* ou *deed* para o jurista da *common law*?). Atualizando a regra de Pothier em tempos de globalização, podemos dizer, como o faz o art. 113 do Código Civil brasileiro, que a boa-fé nos contratos deve ser interpretada conforme os usos habituais no local da contratação ou, como faz o § 242 do BGB, “conforme os usos do tráfico jurídico”.⁸³ A *quinta regra*⁸⁴ volta-se à de integração de lacunas, situando como critério também os usos que devem ser considerados *subentendidos*, como verdadeiramente deve ser subentendido o contexto em cada texto, em cada trecho de qualquer linguagem.

Os usos coligam-se, na dicção do art. 113 com a boa-fé,⁸⁵ como, aliás, também estava no Código Comercial de 1850.⁸⁶ Isto significa dizer que antes, como agora, nas relações civis, interempresariais e paritárias, a boa-fé hermenêutica é uma boa-fé a ser mensurada segundo os *mores*, consoante a concreta configuração do contexto contratual em causa e, de modo especial, com a função econômico-social do negócio, outro critério de concreção das “circunstâncias do caso” que logo adiante referirei. Deve, pois, o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência

83 *In verbis*: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern” (grifei).

84 “L’usage est d’une si grande autorité pour l’interprétation des conventions, qu’on sous-entend dans un contrat les clauses qui y ... d’usage, quoiqu’elles ne soient pas exprimés: *in contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*.”

85 Não devemos ignorar a importância que tem a inserção da boa-fé no texto legal — e justo na Parte Geral do Código Civil — no campo de função hermenêutico-integrativo. Essa inserção demonstra, a nosso juízo, a valência própria da boa-fé como critério hermenêutico e integrativo. Numa época em que, na dogmática civilista, foram abandonadas as teorias voluntaristas e, na teoria do direito, percebe-se que o Direito é o que *resulta da interpretação*, não se pode confinar a boa-fé ao papel de uma regra meramente subsidiária ao estatuído pela “vontade das partes”.

86 Código Comercial, art. 130 (importantíssima regra de concreção ao referir “o modo pelo qual os comerciantes se costumam explicar”), e art. 131.

ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual.

2.2 Função econômico-social do negócio

Foram os autores do realismo jurídico norte-americano os responsáveis por evidenciar que, por detrás dos conceitos jurídicos não se escondiam causas ocultas nem princípios transcendentais, mas, no mais das vezes, construções e funções, complexos ou pautas, ou arranjos de coisas cujo sentido radica na experiência efetiva. Entre nós, há muito Fábio Konder Comparato averbava, com integral razão, não se fazer ciência jurídica “senão aplicada, ou aplicável”, razão pela qual “todo o conceito em Direito ou é operacional ou não tem sentido”,⁸⁷ razão pela qual propõe a obrigatória adoção, no trabalho hermenêutico, do critério funcional, que leva a perquirir — notadamente nas relações de direito empresarial — “as finalidades da regra” pois, “não há inteligência exata das regras jurídicas empresariais sem a compreensão dos interesses econômicos em causa”.⁸⁸

Conquanto possam servir para alcançar necessidades essenciais da pessoa humana, como a moradia, a alimentação, a educação, o ensino, os contratos constituem, funcionalmente, a “veste jurídica de operações econômicas de circulação de riqueza”. Possuem, portanto, uma função econômico-social detectável concretamente. Porém, é preciso atenção: vivemos uma época em que a função das categorias jurídicas ou econômicas “corre o risco de ser desviada”.⁸⁹ O intérprete deve buscar, pois, a materia-

87 Alienação de controle de companhia aberta. *Direito empresarial*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 75.

88 COMPARATO, Fábio Konder. Alienação de controle... cit., p. 76.

89 CUNHA RODRIGUES. As novas fronteiras do problema do consumo. *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 1, Coimbra, 1999, p. 49.

lidade dos esquemas negociais e não a *abstracta* causa-função do negócio. Além do mais, a referência à finalidade (ou função) econômico-social do contrato não deve ser compreendida como o acolhimento, pelo Código Civil, do método propagado pelos adeptos do movimento da *law and economics*,⁹⁰ mas como a um *elemento de fato*, isto é, à função econômica que o negócio opera, concretamente, na ordem jurídica.

Aliás, as velhas regras de Pothier são aqui também de valia: a *terceira regra*⁹¹ determina a atribuição de sentido conforme “à natureza do contrato”. Hoje a leríamos: conforme a função econômica concreta, pois parece indiscutível que um contrato de doação entre amigos obedece a uma racionalidade distinta, por exemplo, de um contrato de financiamento interempresarial. Por sua vez, a *sétima regra*⁹² (que está expressamente acolhida no

90 Quando se fala em análise econômica do Direito (ou ainda, “economic analysis ou law and economics”), sem maiores qualificações, está-se a referir ao modelo de análise econômica do Direito utilizado pela Escola de Chicago. Como explica Mariana Pargendler, “a análise econômica do Direito consubstancia-se (...) em movimento acadêmico que surgiu em meados do século XX nos Estados Unidos com o objetivo de compreender ou explicar o fenômeno jurídico utilizando as ferramentas teóricas de microeconomia e que teve como precursores os trabalhos do economista e prêmio Nobel Ronald Coase sobre os custos sociais e do jurista Guido Calabresi sobre os custos dos acidentes”. Esse movimento “atingiu sua mais famosa formulação com a primeira publicação da obra *Economic analysis of law*, de Richard Posner”. A conclusão que permeia a sua obra “é a de que nem a justiça, nem a sociologia, nem qualquer teoria filosófica trazem um modelo verdadeiramente útil para a compreensão do sistema jurídico como um todo; a *common law*, sustenta Richard Posner, seria mais bem compreendida como um sistema que favorece a eficiência econômica na alocação dos recursos” (PARGENDLER, Mariana Souza. *A responsabilidade civil sob a perspectiva econômica: uma introdução à análise econômica do Direito*. Porto Alegre, 2004, no prelo).

91 “Lorsque, dans un contrat, des termes sont susceptibles de deux sens, on doit les entendre dans le sens qui convient le plus à la nature du contrat.”

92 “Dans le doute, une clause doit s’interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose, et à la décharge de celui qui a contracté l’obligation. *In stipulationibus cum quoeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt; e fere secundum promissorem interpretamur.*”

art. 423 do Código Civil) recomenda a interpretação do contrato pelo viés da *assimetria de poderes contratuais* — ao menos do poder de ditar as cláusulas contratuais — efetivamente escondida sob a capa do postulado da igualdade, razão pela qual, dizia o jurista francês, ao credor — titular da posição contratual preponderante — deveria ser imputado o ônus de “não ter melhor se explicado”.⁹³ Era, também, uma regra atinente à função econômico-social concreta, pois o modo de formação do contrato, por imposição de uma parte e adesão da outra, muito tem a dizer sobre a função econômica. A *sexta regra*⁹⁴ é, por sua vez, determinativa da interpretação sistemática. Porém, não se trata aqui de presumir um “sistema imanente”, mas de observar que “uma cláusula se interpreta pelas outras”. Hoje bem podemos transplantar a *ratio* desta regra hermenêutica para os grupos de contratos e para as cadeias contratuais, para afirmar que, nesses casos, “um contrato se interpreta pelo outro”.

Imensa será a relevância da determinação da função econômico-social concreta no âmbito dos negócios atípicos: aí não é a forma, mas a função que será determinante para a interpretação. Porém, a função econômica é contrastada com elementos axiológicos, compondo-se os *princípios da liberdade* e da *utilidade* (que estão no fulcro da atipicidade) com o *princípio da confiança* e com os princípios constitucionais que incidem na interpretação contratual.⁹⁵

Tal qual os demais elementos concretizadores das “circunstâncias do caso” a função econômico-social pode levar o intérprete

93 Na sétima regra ajunta Pothier: “Le créancier doit s'imputer de ne s'être mieux expliqué”.

94 “On doit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l'acte, soit qu'elles précèdent ou qu'elles suivent.”

95 Um bom exemplo está em decisões do STJ que conferem ampliativa aos destinatários do bem de família para vedarem a execução de contrato de mútuo, considerando que a moradia é condição de implemento da “existência divina” (STJ, REsp 377901/GO, 2.ª T., j. 22.02.2005, DJ 11.04.2005, p. 215; também STJ, REsp 569025/TO, 6.ª T., j. 02.03.2004, DJ 06.06.2005 p. 377).

a mensurar, por exemplo, se, no caso, a prestação prestada tardiamente tornou-se, ou não, “inútil para o credor” para os fins do art. 395, parágrafo único, do Código Civil. Por sua vez, a função integrativa da boa-fé (desde que corretamente discernida do juízo por equidade) está amarrada à concreta função econômico-social do contrato, isto é, a sua “causa” concreta, e não abstrata (como seria a consideração de idêntica causa para todos os negócios de um mesmo tipo).⁹⁶

A referência à causa (como função econômico-social concreta) leva a referir ainda um outro elemento de concretização das “circunstâncias do caso” posto no Código Civil, qual seja, o “motivo comum a ambas as partes”.

2.3 O motivo comum a ambas as partes

Ao arrolar os requisitos gerais da invalidade do negócio jurídico, no art. 166, o Código Civil de 2002 comina a sua nulidade quando

“III — o *motivo determinante*, comum a ambas as partes, for ilícito.” (grifei).

Temos, aí, um aparente paradoxo: como uma teoria contratual (e uma teoria da hermenêutica contratual) enucleada (s) na consideração de o contrato consistir um fato social, socialmente reconhecível e até mesmo socialmente “tipificável” pode valorizar o motivo, tradicionalmente apodado como “elemento subjetivo”? Como se pode articular a consideração do motivo comum às partes com as bases filosóficas e metodológicas do Código, fundadas no apelo ao método da concreção? Mais ainda: considerando que o termo “motivo” é freqüentemente utilizado para indicar a

96 Nesse sentido a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supracontratual.

“causa” do negócio, como considerar relevante o “motivo” se o Direito civil brasileiro sequer é causalista?⁹⁷

Para responder a essas perguntas — e sustentar a conclusão segundo a qual *o motivo integra as* “circunstâncias do caso”, conformando um dos elementos de sua concreção — é preciso distinguir entre o significado da palavra “motivo” e aquele atribuído ao termo “causa”,⁹⁸ discernindo-se, outrossim, entre a opera-

97 Diferentemente de outros sistemas jurídicos integrantes da chamada “família romano-germânica,” o Código Civil brasileiro de 1916 não situou a causa como requisito de validade dos atos jurídicos. Entre nós, a influência francesa, marcadamente causalista, encontrou dois poderosos concorrentes: o direito germânico, anticausalista, e a tradição consolidada nas Ordenações do Reino, também pouco afeita ao modelo causal. Assim, para a validade dos negócios jurídicos, o art. 81 do Código de 1916 exigia tão-só a capacidade do agente; a licitude do objeto; e a forma, prescrita ou não defesa em lei. Essa regra, cânone central da validade dos negócios jurídicos, foi repetida quase *ipsis litteris* pelo Código Civil de 2002 no art. 104 (*in verbis*: “A validade do negócio jurídico requer: I — agente capaz; II — objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III — forma prescrita ou não defesa em lei”), parecendo dar razão à doutrina que há mais de século repete, em monocórdio, ser o sistema brasileiro decididamente anticausalista.

98 “Motivo” seria equiparável à expressão “causa” (do negócio) para significar *a razão de ser* do acordo de interesses, aquilo que leva as partes a contratar o objetivo direto e imediato da obrigação contraída. A causa-motivo seria, na voz de Demolombe, o elemento que “(...) détermine essentiellement la partie à s’obliger, et qui est le but direct et immédiat, que cette partie se propose d’atteindre en s’obligeant; c’est en un mot, la cause finale de l’obligation elle-même” (*Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Paris: Imprimerie Générale, 1877, t. I, p. 330). Mais expressivo foi, ainda, o seu contemporâneo Frédéric Mourlon: “La cause de l’obligation est ce pourquoi l’on s’oblige, c’est-à-dire le but immédiat qu’on se propose d’atteindre en s’obligeant” (*Répétitions écrites sur le code civil*. Paris: Garnier Frères, 1885, t. II, p. 608). Porém, a técnica jurídica também *distingue* entre motivo e causa quando se quer aludir i) ao objetivo do contrato, isto é, o *fim almejado* pelas partes contratantes; ou ii) a função econômico-social que o contrato veicula. Conquanto o termo “motivo” viesse historicamente associado ou equiparado com o termo “causa”, necessidades práticas e viragens ideológicas levaram a que, no transcurso do século XIX ao século XX, a doutrina francesa modificasse essa noção, afirmando ser a causa não o “motivo” (então considerado apenas como dado psicológico), *mas a sua finalidade* (“*le but*”), isto é, o fim concreto, *o interesse ou utilidade* buscada pelo contrato. Mais tarde e por força, notadamente, da

tividade do motivo no plano da validade dos negócios jurídicos e no plano da sua hermenêutica.⁹⁹ O que aqui importará será, exclusivamente, detectar a relevância hermenêutica do motivo comum a ambas as partes, determinante do negócio.

Não há dúvidas — é a própria letra da lei que o diz — que o motivo comum a ambas as partes, determinante do negócio, se ilícito for, conduz à nulidade do negócio. Como o motivo *não é o mesmo que o objeto* (sendo o objeto ilícito, por sua vez, causa também de invalidade, *ex vi* do inciso II do mesmo art. 166) é evidente que a lei está, aqui, a valorizar algo distinto do objeto. Esse “algo distinto” é, efetivamente, o motivo como causa ou “razão de ser”, isto é, aquilo que, ao longo do século XX, veio a

doutrina italiana, objetivou-se ainda mais essa noção. Já nos meados do século XX assentou Emilio Betti ser a causa a *função social típica* do negócio (“causa-função”). Para uma síntese das várias correntes permito-me reenviar a: MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista Ajuri*, vol. 45, Porto Alegre, p. 213-244, 1989.

⁹⁹ Vários estudos mais recentes têm se ocupado do problema da causa no plano da validade na doutrina brasileira. Por vezes se trata a questão sob o viés italiano, da causa-função, por outras é proposta uma peculiar significação da causa (que seria o “o reconhecimento social do jurídico”) ou se busca, ainda, uma relativa aproximação com a doutrina anglo-saxã da *consideration* por meio da idéia de causa sinalagmática. Por estes caminhos suscitou-se renovada bibliografia que, lembrando as formulações do passado e inserindo-as em novos contextos, permite dar base consistente para a compreensão do art. 166, inciso III, do Código Civil, pois, como anota com integral pertinência Luís Renato Ferreira da Silva: “Parece resultar indubitado (...) que não se pode abrir mão da causa (...). Esta inafastabilidade do tema tem feito com que, apesar do repúdio do sistema codificado, os autores aceitem a figura, ainda que com sentidos, por vezes, distintos” (ver, em especial: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*. Tese no concurso para a Cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, 1986; ANDRADE, Fábio. Causa e *consideration*. *Revista Juris*, vol. 53, Porto Alegre, p. 276-284, 1991; FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa). Tese de doutorado defendida junto à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, USP, agosto de 2001).

doutrina denominando como *causa-fim, finalidade ou utilidade concreta* buscada pelo negócio.

Ora, já da valorização, pela lei, dessa finalidade ou razão de ser do negócio, distinta do seu objeto — e distinta, também, pelo emprego do termo “motivo”, da causa objetiva ou “causa-função” — não pode senão demonstrar que há certa eficácia decorrente desse elemento por tanto tempo submerso no limbo do não-Direito. Essa demonstração mais clara ficará se procedermos a uma leitura *a contrario sensu* da regra do art. 166, III.

Se assim procedermos, chegaremos à conclusão que não é nulo o negócio jurídico quando o motivo determinante, comum a ambos os contratantes, for lícito. E, se não é nulo o negócio, isso significa que o motivo determinante *tem eficácia ao menos como regra de interpretação, para indicar qual foi a base contratual levada em conta pelos pactuantes*. Em outras palavras, o motivo determinante, comum a ambas as partes, não pode ser descartado como irrelevante, antes formando uma espécie de “base subjetiva”, *pressuposto condicionante da compreensão* do concreto negócio jurídico considerado como fato social e regulamento de interesses econômicos.

A História do Direito fornece elementos que permitem melhor compreender o possível sentido da regra do art. 166, III. É que a doutrina civilista trabalha, há mais de um século, com a idéia da *relevância dos motivos* (no sentido de causa-fim, ou concreta razão de ser do negócio), seja para afirmá-la, seja para rejeitá-la, mas, em todo caso, para indicar uma espécie de base ou “plataforma” contratual a partir da qual a concreta razão de ser do negócio pode ser mais bem compreendida.

A relevância dos motivos como “base contratual” surge, no Direito moderno, no curso dos debates preparatórios à codificação civil que resultaria no BGB, por obra de Bernardo Windscheid, tomando, então, o nome de “teoria da pressuposição” (*Voraussetzung*). A idéia central vinha assim explicada por seu autor:

“La presupposizione è una condizione non isvolta [*unentwickelte*] (una limitazione della volontà, che non si è svolta fino ad essere una condizione). Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al par di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, *che l'effeto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti*”.¹⁰⁰

Em linhas gerais, defendia Windscheid que aquele que tivesse declarado vontade, a fim de produzir os seus efeitos típicos, declarava na presuposição de que a declaração perderia sua força obrigatória se as suposições se revelassem inexatas. A presuposição consistia, pois, numa espécie de condição não-desenvolvida,¹⁰¹ podendo confundir-se com a causa sempre que essa fosse o fundamento da manifestação de vontade.¹⁰²

O traço mais importante é o seu pensamento sobre a própria configuração de uma presuposição. Entendia Windscheid que essa podia, é certo, ser expressa mas também se afigurava tacitamente, determinando-se, então, “per via del restante contenuto della dichiarazione di volontà”.¹⁰³ Porém, assinalava,

“(…) una presupposizione può risultare voluta non solo dal restante contenuto della dichiarazione di volontà, *ma anche dalle circostanze, che l'accompagnano, senza che essa sia espressamente manifestata come voluta*”.¹⁰⁴

100 WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Tradução italiana de Fadda e Bensa. Turim: UTET, 1902, p.394-396. Grifei.

101 Daí a ligação com a teoria da causa, pois uma de suas formulações é “produto do conceito de causa no direito das *condictiones*”, como observa: COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 45

102 Assim a observação de: FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 102-103.

103 *Diritto...* cit., p.397.

104 WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto...* cit., p. 40, grifei.

Se relido com *distanciamento* — isto é, sem a indesejada familiaridade que só permite enxergar o que mostra o senso comum — perceberemos que o pensamento do autor está adequado não apenas às mais recentes conquistas hermenêuticas da Filosofia do Direito quanto à expressa letra do vigente Código Civil. Os “motivos determinantes comuns a ambos os contraentes integram as circunstâncias do caso indicando pautas para a concreção da “ética da situação”, sobrepondo-os à estrita literalidade do pactuado e repondo a questão de saber em que medida as circunstâncias implícitas ou explícitas têm influência na declaração negocial.

Esse não é, absolutamente, um tema novo — embora possa e deva ser tratado de modo *renovado* ou *inovador*. Conquanto uma evolução posterior da ciência jurídica, já da segunda metade do século XX, procurasse afirmar com caráter de dogma a irrelevância dos motivos (concentrando a atenção na noção de causa, por considerar os motivos concernentes tão-só ao plano psicológico), desconsiderando a idéia de pressuposição, o certo é que a doutrina de Windscheid encontrou ressonância em outros sistemas jurídicos. Como vimos, no Direito germânico deu subsídios à teoria da base do negócio subjetiva, também se manifestando no Direito italiano,¹⁰⁵ que viria a ter importância central na codificação civil de 2002.

Assim, muito embora no Direito brasileiro anterior ao Código de 1916 a teoria da pressuposição tenha sido rejeitada (entendendo-se constituir óbice ao seu acolhimento o disposto no art. 90, segundo o qual o motivo (“causa”) só teria relevância para o efeito de anulação por erro quando expresso como razão determinante

105 Como exemplo de tal ressonância, veja-se a decisão da Corte di Cassazione de 1.º de julho de 1947, *in verbis*: “Il vigente cod. civ. há introdotto all’art. 1467 in modo espresso ed in via gnerale in materia contrattuale il principio della presupposizione che rappresenta quindi ormai un istituto del nostro diritto positivo. La presupposizione è una condizione non sviluppata da cui dipende la efficacia del rapporto”. SACCO, Rodolfo. *Rivista del Diritto Commerciale* anno XLVI (1948). Parte Seconda, p. 163, com..

do negócio¹⁰⁶) hoje em dia não está mais circunscrita à teoria do erro e nem sujeita aos lindes negativos do antigo art. 90. Apesar daquela regra subsistir praticamente repetida no art. 140 do vigente Código Civil,¹⁰⁷ o inciso III do art. 160 confere ao tema uma portada antes inexistente.

Agora, os motivos passam a ser inseridos no texto que alberga as regras gerais de invalidade do negócio jurídico. Assume novo relevo, pois, a idéia de pressuposição que, a rigor, nunca ficou totalmente afastada, principalmente no que diz com certos casos de impossibilidade ao prestar. Clóvis do Couto e Silva recordava, ainda nos anos 60, a hipótese de venda que dependia de licença de autoridade administrativa.¹⁰⁸ Conquanto alguns insiram a hipótese nos quadros da impossibilidade inicial, prévia, a figura deve ser parificada, dizia Couto e Silva, com a da venda sob condição, no caso, sob condição de que a licença seja concedida. E ensinava:

“Nesse tipo de negócio, como é por todos sabido que eles dependem de licença, presume-se que a vontade declarada estava na dependência dessa mesma concessão, através da *interpretação integrativa*, porque esse é o uso (venda civil), ou da aplicação do uso como meio legal de hermenêutica (direito comercial)”.¹⁰⁹

106 Assim, exemplificativamente, a opinião de Clóvis Couto e Silva, segundo o qual “tem colaborado na desatenção ao problema da base do negócio jurídico entre nós (...) em primeiro lugar, a proposição negativa expressa no art. 90” (*A obrigação... cit.*, p.133).

107 Código Civil brasileiro, art. 140, *in verbis*. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante. A palavra “causa” vinha aí posta como indicativa de motivo. Como explica Ruy Rosado de Aguiar, para os efeitos do art. 90, a causa falsa não é a “causa fictícia”, mas é a que equivale ao erro nos motivos, consagrando o dispositivo a velha máxima romanista segundo a qual *falsa causa non nocet* (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 148, nota 286).

108 COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação... cit.*, p. 127 (editada em 1976, a obra foi escrita nos meados da década de 60).

109 Idem, *A obrigação... cit.*, p. 128, grifei.

Aí está, claramente, a aceitação da idéia da valência dos motivos *como base contratual implícita*, base a ser detectada pelo que sugere o *id plerumque accidit*, pelo que a inteligência normal em certo setor indica, em suma, pelo que deriva da própria natureza do negócio e de suas circunstâncias fáticas e normativas, para além do que se estampa na declaração formal, na “letra do contrato”. É o que no ensaio Diretrizes de hermenêutica contratual¹¹⁰ Miguel Reale acentuava, já no preâmbulo:

“é sobretudo nas épocas de freqüentes e aceleradas mutações sociais e econômicas que é dever do intérprete, e especialmente do juiz, escapar à tentação de resolver as questões judiciais tão-somente em função de *declarações formais*, tidas como claras, *quando elas devem ser situadas no complexo unitário de seus motivos e circunstâncias*”.¹¹¹

Esse valioso ensinamento doutrinário está, de resto, em acordo com os desenvolvimentos conferidos à idéia de pressuposição, já não mais fixados exclusivamente numa valoração de ordem psicológica aos motivos interiores, mas *sobre a motivação como elemento da expectativa legítima* e, por isso mesmo, passível de contraste com o *quod plerumque accidit* e com os critérios derivados da proteção da confiança de ambos os partícipes da relação e da concreta utilidade econômico-social do negócio.

Conclusão

Se a teoria da interpretação exposta por Savigny na primeira metade do século XIX pode sobreviver até hoje como um portentoso monumento à atividade intelectual, isso decorreu de seu *ajuste à vida*, vale dizer, da genial capacidade do grande jurista para pensar uma estrutura hermenêutica adaptada e adaptável à reali-

110 REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1-19.

111 Diretrizes de hermenêutica... cit., p. 1.

dade.¹¹² É de *ajuste à vida*, e não de rígidos tipos que trata a atividade hermenêutica. Bem por isso, é que carecemos no mundo dos contratos de uma teoria da hermenêutica contratual ajustada à paradoxal realidade que conecta a *despersonalização* consequente à globalização com “a subjetividade como presença concreta”¹¹³ — assim se indicando “o eu não independente de particularidades”.¹¹⁴

Para lidar com tão fundo paradoxo o Código Civil oferece o postulado fático-normativo das *circunstâncias do caso*. Que os intérpretes logrem, pois, atendê-lo, entreouvindo, pelas linhas do sistema, *o eco do mundo real*, pano de fundo de uma partitura a ser laboriosamente composta entre Direito e realidade.

112 Observa Souza e Brito: “Esta teoria era tão diferenciada e ajustada à vida — nisso mesmo se mostra a original intuição jurídica de Savigny — que pôde sobreviver até hoje, nas suas grandes linhas e em muitas teses particulares, às mudanças de estrutura social e das ideologias” (Da teoria da interpretação de Savigny e da sua influência, *BFUDC*, vol. LXII, 1986, p.183).

113 Da “subjetividade como distância” fala Barcellona, citado por: RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p 95.

114 RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato...* cit., p. 98.

DA AUTONOMIA PRIVADA À FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS
FROM PRIVATE AUTONOMY TO THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS

Milton Flávio de A. C. Lautenschläger

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (2019-2021). Advogado, São Paulo (Brasil).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5539056780825755>.

Odete Novais Carneiro Queiroz

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Advogada, São Paulo (Brasil).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1511406338920498>.

Autores convidados.

RESUMO

O presente estudo trata da evolução do instituto do contrato e sua funcionalização social. A escolha do tema se justifica pela importância do contrato como via de circulação de riqueza e a necessidade da adaptação às demandas sociais contemporâneas. Tem-se como objetivo identificar um novo modelo jurídico que garanta a liberdade de atuação do particular, sem esquecer do papel do Estado, na qualidade de distribuidor e garantidor do bem-estar social. Em conclusão, nota-se que é indispensável a interpretação sob uma nova ótica, garantindo, mais amplamente, um real e seguro campo de atuação aos contratantes.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Autonomia privada. Função social. Interpretação. Estado de bem-estar social.

ABSTRACT

The present study deals with the evolution of the contract and its social functionalization. The choice of theme is justified by the importance of the contract as a means of economic circulation and the need to adapt it to contemporary social demands. The objective is to identify a new legal model that guarantees the freedom of the individual, without forgetting the role of the state, as a distributor and guarantor of social welfare. In conclusion, it is noted that interpretation from a new perspective is indispensable, ensuring, more broadly, a real and safe field of action for contractors.

KEYWORDS: *Contract. Freedom of contract. Social function of the contract. Interpretation. Welfare State.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde a sua forma mais rudimentar, por ocasião das primeiras trocas de objetos e prestações de serviços¹, são poucos os institutos que sobreviveram e se adaptaram a tantas e tamanhas transformações sociais quanto o contrato.

No entanto, os contratos, tais como hoje constituídos, começam a ganhar os seus contornos definitivos a partir da relativização do princípio da autonomia privada, expressão maior do Estado Liberal, fruto das Revoluções Francesa e Industrial.

No liberalismo, os contratantes eram vistos como partes em patamar de igualdade formal. Não se admitia a existência de um contratante em situação de maior vulnerabilidade, o que implicava a concepção de que uma vez externada livremente a vontade pelo indivíduo, este passava a ficar à vontade vinculado, sendo-lhe obrigatório o estrito cumprimento daquilo que validamente contratou² (*voluntas facit legem*).³

Portanto, a liberdade de contratar, quanto mais ilimitada possível, atendia a um reclamo do modelo econômico liberal que então se estabelecia. Com efeito, passando a propriedade a se desvincular dos laços feudais, foi o contrato que desempenhou o papel de instrumento de circulação das riquezas, viabilizando parte dos sonhos do estamento social ascendente⁴.

¹ “Pode-se dizer que as primeiras trocas de objetos e as primeiras prestações de serviços ainda que gratuitos consubstanciam a figura do contrato, no seu germe ou embrião, ou, mais precisamente, correspondem ao contrato na sua forma rudimentar. Só mais tarde, com a descoberta e utilização da moeda metálica como medida de valor, e, a seguir, com a invenção da escrita, com a instituição da moeda fiduciária, fator de desenvolvimento do crédito, é que o regime contratual assumiu fisionomia própria e definitiva, tal como conhecemos ainda hoje” (**GARCEZ NETO, Martinho**. Temas Atuais de Direito Civil. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 1-2).

² **NASSER, Paulo Magalhães. Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

³ Em momento de separação das esferas pública e privada, em que se refutava a ingerência estatal absolutista e da estrutura feudal, que então encontravam o seu ocaso, fortaleceram-se as iniciativas de garantias das liberdades, dos denominados direitos de primeira geração (**GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 15) ou, nas palavras de **Norberto Bobbio**, dos direitos de liberdade, “isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar ao indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade sem relação ao Estado” (**A era dos direitos**. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 32).

⁴ **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 15-16. Como observa **Ana Prata**, “a ligação entre o trabalhador e os meios de produção só é possível pelo acordo daquele e do proprietário destes. Declarado livre o trabalhador, isto é, reconhecida a propriedade do trabalhador à sua força de trabalho, isso impõe que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar o contrato pelo qual aquela ligação se mediatiza, agora necessariamente” (**A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Editora Almedina, 1982, p. 8).

Não obstante esse ideário liberal, o fato é que a realidade europeia do início do século XIX, expondo as mazelas e conflitos decorrentes da contraposição dos interesses privados e públicos, ocasionou, já na segunda metade desse mesmo século, uma reação socialista, caracterizada pelo chamado “intervencionismo estatal”.

Com o advento do comunismo, na Rússia, e da Constituição de *Weimer*, na Alemanha, surgiram as primeiras limitações ao direito de contratar e à liberdade contratual. Muito embora a prevalência da vontade individual tenha sido mantida como regra (v.g. a possibilidade de criação dos mais variados tipos contratuais), pouco a pouco o legislador restringiu o conteúdo da autonomia privada e ampliou o de ordem pública⁵. Os contratos deixaram de pressupor a igualdade formal das partes, para servirem de instrumento na busca pela *equivalência material de suas prestações*.

A esse moderno movimento intervencionista jurisdicional e legiferante, **Josserand** denominou de “publicização do contrato”. Entre nós, esta tendência notabilizou-se pela expressão “dirigismo contratual”, responsável imediato pela expansão das normas de ordem pública, postas à proteção dos polos economicamente mais frágeis (o empregado, o inquilino, o consumidor etc.).

A propósito, a decadência do voluntarismo não pode ser inteira e exclusivamente relacionada à atuação do Estado (Estado-juiz), uma vez que práticas contratuais como a proliferação dos chamados “contratos de adesão”⁶ também acabaram por limitar a liberdade contratual, justificando a intervenção estatal⁷.

⁵ **WALD, Arnaldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil in O Direito Civil no Século XXI**, Coordenação de **Maria Helena Diniz** e **Roberto Senise Lisboa**, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, p. 83-4.

⁶ “O dirigismo privado vale-se, freqüentemente, de três formas de padronização contratual: o contrato de adesão, as condições gerais de contrato e o contrato concluído mediante módulos ou formulários. O Código Civil italiano trata destacadamente cada forma: arts. 1.332, 1.341 e 1.342. São formas intercomunicadas. Às vezes estão indissolúvelmente integradas: um contrato que só permite a adesão da outra parte; as condições gerais estão nele reproduzidas e é utilizado um formulário padronizado. Os usos preferem que as condições gerais sejam apenas referidas no contrato padronizado, mas não reproduzidas. O contrato de adesão pode ser concluído pela simples aquisição ou utilização de bens ou serviços fornecidos, incidindo-se nas condições gerais correspondentes, que são desconhecidas do contratante débil” (**Lobo, Dirigismo contratual**, p. 75, abr./jun. 1990, *apud* **FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 192).

⁷ No entender de **Martinho Garcez Neto**, “se, hodiernamente, não se pode negar que, apenas em reduzida minoria, existe a possibilidade de livre discussão das cláusulas de um contrato; se, na verdade, a imensa maioria dos contratos são impostos, como lei, pela parte mais forte à mais fraca, que apenas tem a liberdade de aderir ao contrato, isto é, de aceitá-lo como lhe é oferecido, sem que o possa discutir e impugnar, certamente, a tão apregoada igualdade dos contratantes não passa de uma fábula, de que se vale um dos contratantes para explorar e oprimir o outro, menos favorecido pela situação econômica e social”. (**Temas Atuais de Direito Civil**, cit., p. 11).

Há cerca de meio século essas transformações foram interpretadas, por alguns eminentes juristas, como manifestações da chamada *crise do contrato*⁸, com o que não se pode concordar⁹. A evolução dos contratos nada mais é do que parte da evolução da própria vida em sociedade¹⁰ e, nesse sentido, apostar na derrocada dos contratos é apostar no fracasso das relações humanas. Tomando por empréstimo os dizeres de **Arnoldo Wald**, a “polivalência do contrato e a sua vinculação à importância que a civilização ocidental reconhece à palavra dada, e ao consenso ao qual chegaram as partes, justificam tanto a sobrevivência quanto a adaptação ao contexto existente no terceiro milênio desse instrumento tão rico e flexível, que tem permitido o desenvolvimento racional e pacífico das relações entre os homens”¹¹.

Embora “institucionalizados”, a verdade é que os contratos e, por conseguinte, a autonomia privada, adquiriram uma nova dimensão, a justificar o desenvolvimento de uma estrutura atual, e não a sua morte¹².

⁸ “A segunda metade do século XX, principalmente, foi o tempo em que mais se falou acerca de uma eventual decadência do contrato, tido sempre como um dos fundamentais pilares de sustentação do direito privado e da autonomia da vontade privada. (...) Uma ingerência cada vez mais presente, por parte do Estado, na estruturação desse conteúdo contratual, tendo em vista a salvaguarda de interesses sociais mais significativos que a mera intenção e simples pretensão dos contratantes, constituiu-se, também, em forte razão para a crescente onda de descrédito que pretendeu tomar conta do destino do contrato enquanto tradicional e clássico instituto de direito privado” (**HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado – Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira.** Revista do Advogado, Ano XXII, nº 68, São Paulo, Dezembro de 2002, p. 79).

⁹ “Seria portanto equívoco imperdoável tomar como sintomas de decadência dos contratos as limitações impostas à liberdade de contratar em sufrágio do bem comum e da supremacia da ordem pública, que consistem, segundo resulta dos mais modernos juristas: na defesa do contratante débil contra o forte, especificamente nos contratos de adesão e nos contratos-tipo; na paridade de tratamento nos contratos concluídos mediante concessão da administração pública, sob forma de monopólio; na nulidade das cláusulas leoninas; na vedação do contrato usurário; na invalidade das cláusulas exonerativas de responsabilidade por culpa ou dolo; na exclusão de toda e qualquer matéria insuscetível de tutela jurídica; na inclusão prevalente e automática de certas cláusulas; na integração do contrato mediante a vontade da lei; na repressão da má-fé; na proteção da boa-fé e da equidade quanto aos efeitos das convenções; na rescindibilidade do pacto concluído em estado de necessidade ou contaminado de lesão inicial; na suspensão da execução por mudança das condições patrimoniais do contratante; na resolução ou redução por onerosidade excessiva” (**GARCEZ NETO, Martinho Garcez Neto, Temas Atuais de Direito Civil**, cit., p. 19-20).

¹⁰ “Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato, que se transmuta e evolui sempre, como a própria transmutação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa modalidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual. Construção e crítica se alternaram (desde o início do anterior século), produzindo um movimento de edificação de uma teoria (geral do direito privado) tão sólida quanto volátil” (**HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado – Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira**, cit., p. 79).

¹¹ **Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil**, cit., p. 92.

¹² Deve-se reconhecer que o contrato deixou de ter, na vontade dos sujeitos, a sua fonte exclusiva e legitimadora. O estabelecimento de valores constitucionais fundamentais a serem atendidos e, bem assim, de normas

Esta verdadeira interpenetração do direito público no direito privado exige um novo modelo jurídico que, a um só tempo, garanta a liberdade de atuação do particular, sem esquecer do papel do Estado, na qualidade de distribuidor e garantidor do bem-estar social (*welfare state*).

Não se trata de desprestigiar princípios tão tradicionais como o princípio da liberdade contratual, mas de interpretá-los sob uma nova ótica. Como salienta **Luigi Ferri**, a liberdade natural dos indivíduos sofre restrições ou limitações de ordem pública exatamente para que se lhes assegure uma efetiva liberdade jurídica¹³. Nesse sentido, antes de representar a subjugação do direito privado pelo direito público, a intervenção das regras públicas busca garantir, mais amplamente, um real e seguro campo de atuação aos contratantes.

Portanto, para além de um limite negativo, externo e excepcional à autonomia privada, o “dirigismo contratual” apresenta-se como limite interno, permanente e positivo à preservação da autonomia privada¹⁴.

Exatamente nesse ponto, lembra **Claudio Luiz Bueno de Godoy**, a nova noção de autonomia privada mostra a sua relação com a função social do contrato¹⁵. É que, conforme lição de **Pietro Perlingieri**, a autonomia privada como poder de autodeterminação não mais encontra justificativa em si, fazendo-se merecedor de tutela o ato que a exprime apenas quando corresponda a uma função que o ordenamento considere *socialmente útil*¹⁶.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A despeito de “tudo” estar em constante transformação, nas ciências humanas, particularmente, são fatores sociais, culturais, políticos, históricos e econômicos aqueles que mais

infraconstitucionais que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliaram muito o conceito das fontes do contrato. Há até quem diga, em função disso, que foi separado um campo residual na formação dos negócios jurídicos para a autonomia privada, “resultado da apriorística incidência das regras constitucionais e legais que, depois, deixam um espaço reservado à atuação da vontade do sujeito jurídico” (**GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 17-18).

¹³ *La autonomia privada*. Tradução de Luís Sancho Mendizabal. Madri: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 245-249 *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 20.

¹⁴ Nos dizeres de **Antunes Varela**, em matéria de autonomia privada, o ordenamento não funciona como simples limite negativo, servindo, antes, a integrar-se à vontade dos contraentes. Por isso, diz o referido Autor, “vontade dos contratantes e lei integram, quase sempre em estreita união, o todo incidível que é a disciplina do contrato” (**Das obrigações em geral**. 10ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000, volume 1, p. 231).

¹⁵ **Função Social do Contrato**, cit., p. 25.

¹⁶ *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1984, p. 136, *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 25.

contribuem para que os estudos evoluam em consonância com o desenvolvimento da própria sociedade. No Direito, como não poderia deixar de ser, os objetos de estudo sofrem a influência com peso preponderante de diferentes e determinados fatores.

Especificamente na seara dos Contratos, acontecimentos sociais, culturais, políticos, históricos e econômicos já foram responsáveis por inúmeras de suas transformações formais e materiais. Recentemente, contudo, são os eventos sociais e econômicos que melhor explicam a evolução e o atual estágio dos princípios contratuais no Direito brasileiro¹⁷.

Para ficar apenas naqueles fatores determinantes ao desenvolvimento da chamada função social do contrato, é importante rememorar o advento da Constituição de 1988 e do Código Civil brasileiro de 2002, com as consequências deles decorrentes.

2.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Seja pelo critério cronológico, seja pela relação hierárquica, inicia-se esta análise destacando características da nossa atual Constituição Federal: a grande responsável pelas mais recentes transformações no Direito Civil brasileiro.

Sabe-se que, originalmente, o Direito Civil brasileiro é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código Civil de Napoleão, foram incorporadas pelas codificações do século XIX.

Nessa época, restava bem delineado o significado *constitucional* do Código Civil para o direito privado, no sentido de que, além do corpo codificado, inexistia regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais. Ao direito civil cumpria garantir à atividade privada, e ao sujeito de direito, em particular, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.

No entanto, as dificuldades econômicas advindas de um longo processo de industrialização - havido na primeira metade do século XX -, o desenvolvimento das doutrinas reivindicacionistas e a expansão dos movimentos sociais, contribuiram para que, no âmbito das

¹⁷ Segundo **Orlando Gomes**: “A concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico” (**Contratos**. 26ª edição, atualizada de acordo como Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 57).

Cartas políticas e das grandes Constituições do pós-guerra, fossem introduzidos, de forma inédita, princípios e normas que limitaram o desenvolvimento da atividade econômica privada.

Ao abrigar essa inserção legal e principiológica, o Estado posicionou-se de forma ativa, regulando um setor até então imune às suas interferências.

Atentos a esse movimento, os textos constitucionais brasileiros, aos poucos, passaram a tratar de temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil, tais como a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização familiar, dando origem àquilo que hoje chamamos de a “Constitucionalização do Direito Civil”¹⁸.

O próprio direito civil, através da legislação extracodificada, deslocou a sua preocupação central, do indivíduo, para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas derivadas. Assim, enquanto o Código Civil preocupava-se em garantir as “regras do jogo”, as leis especiais alteravam-nas, sem qualquer cerimônia, no intuito de garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado.

A intensificação desse processo intervencionista, no caso brasileiro, resultou na subtração, ao Código Civil, de setores inteiros da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limitam a regular aspectos de determinadas áreas, mas a discipliná-las integralmente. O mecanismo foi consagrado pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, que inaugurou um novo papel e uma nova fase para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante¹⁹. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, ambos de 1990, a Lei de Locações, de 1991, são exemplos desses diplomas, com evidentes preocupações sociais, a retratar e garantir uma nova realidade axiológica.

As peculiares características dos estatutos como acima referidos merecem especial atenção, uma vez que por intermédio delas é possível extrair parte das recentes transformações havidas no direito privado nacional e, conseqüentemente, indícios que apontam para o seu cenário futuro. **Gustavo Tepedino** sintetiza essas características da seguinte maneira:

¹⁸ **Gustavo Tepedino**, a propósito dessa expressão, resume os seus três possíveis sentidos. A expressão, segundo ele, pode: a) ser usada no sentido de “limite para uma reserva legal”, isto é, as normas constitucionais, porque incidem sobre o legislador ordinário, exigem uma “produção legislativa compatível com o programa constitucional”; b) significar uma orientação hermenêutica, na esteira de que a leitura da lei civil deve ser feita conforme o texto constitucional; e, finalmente, c) traduzir uma “nova tábua axiológica”, disponível à vida privada e às relações civis dela decorrentes. (**Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41-42).

¹⁹ **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, Tomo II, cit., p. 30.

“Em primeiro lugar, nota-se uma alteração profunda na técnica legislativa. Cuida-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios. (...) Em segundo lugar, verifica-se uma alteração radical na linguagem empregada pelo legislador. As leis passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, uma linguagem que, não obstante os protestos dos juristas, atende a exigências específicas, ora atinentes a questões da informática, ora relacionadas a inovações tecnológicas ou a novas operações contratuais, ora a assuntos financeiros ou econômicos, suscitando muitas vezes dificuldades para o intérprete. (...) Em quarto lugar, não mais se limita o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. (...) Mais ainda, como quinto característico na nova forma de legislar, nota-se o caráter contratual de tais estatutos. As associações, os sindicatos, os grupos interessados na regulamentação dos respectivos setores da sociedade negociam e debatem a promulgação de suas leis, buscam a aprovação de normas que atendam a exigências específicas, setorialmente localizadas. Aquele legislador do Código Civil que legisla de maneira geral e abstrata, tendo em mira o cidadão comum, dá lugar a um *legislador-negociador*, com vocação para a *contratação*, que produz a normatização para determinados grupos – locador e locatário, fornecedores e consumidores, e assim por diante.”²⁰

Não há dúvida, portanto, que o direito civil perdeu parte da sua tradicional unidade sistemática, antes assentada de maneira estável e duradoura no Código Civil. A Teoria Geral da Propriedade já não é suficiente para atender a todas as situações em que se dá o exercício do domínio, que por isso se fragmenta. No âmbito da responsabilidade, torna-se clara a insuficiência da responsabilidade aquiliana para atender aos novos riscos decorrentes do desenvolvimento industrial e tecnológico. E a própria Teoria Geral dos Contratos já não mais responde às necessidades do consumo, da contratação em massa, da contratação coletiva, da contratação eletrônica etc²¹.

Tais circunstâncias, reproduzidas em diversos países europeus, contribuíram para que **Nalino Irti**, da Universidade de Roma, anunciasse a chamada “era da descodificação”, com a substituição do monossistema, fundado no Código Civil, por um polissistema, constituído de estatutos que se consubstanciam em verdadeiros microssistemas do direito privado²². Esses microssistemas, ao invés de gravitarem como satélites dispostos ao redor do grande centro de referência, que era o Código Civil, passam a funcionar, no entender de **Irti**, de forma isolada e com inteira independência temática. Nesse sentido, a seu ver, o Código Civil passaria a ter uma função “meramente residual”, aplicável apenas às matérias não regulamentadas pelas leis especiais.

²⁰ **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 8-10.

²¹ **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, cit., p. 10-11.

²² A expressão dá o título à coletânea e é recorrente nos trabalhos reunidos em **N. Irti, L'età dela decodificazione** (v. **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, cit., p. 11, N.R.).

A despeito do seu incontestável valor histórico, a doutrina de **Natalino Irti**, se levada às últimas consequências, daria conta de uma grave fragmentação do sistema, a permitir a coexistência de universos legislativos isolados, sob a égide de princípios e valores díspares, “não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão”²³.

Entretanto, não parece ter sido esse o espírito do legislador constituinte nacional. A nossa Carta Magna definiu princípios e valores bastante peculiares ao direito civil, em especial ao tratar da propriedade, dos direitos da personalidade, das relações de consumo, das empresas e da família. Sendo assim, muito embora reconhecendo a existência dos microssistemas, há claro direcionamento para uma unidade, não mais centrada exclusivamente no Código Civil, mas, sobretudo, na tábua axiológica da Constituição²⁴.

Seus ditames são exemplos evidentes da integração hermenêutica havida entre o Código Civil, as leis especiais e a Constituição: o tratamento dado à função social da propriedade privada, elevada a princípio fundamental do ordenamento, e não apenas a princípio da ordem econômica; o tratamento dado pela Lei de Locações (Lei nº 8.245/91) aos valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu *habitat*, enfim, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana; o tratamento dado aos consumidores pela Lei nº 8.069/90, que, em seu art. 4º, define que a política nacional das relações de consumo (informada pelos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição) “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”; o tratamento dado ao direito de família, mediante a consagração, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, da igualdade de todos os filhos perante a Constituição (art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal) etc.

Portanto, os programas constitucionais não devem ser interpretados como programas políticos, deslocados da normativa concreta e atual. Ao contrário, devem ser lidos como uma forma de dar conteúdo ao Código Civil e às leis especiais.

²³ **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, cit., p. 12.

²⁴ A esse respeito, afirma **Gustavo Tepedino**: “Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema” (**Temas de Direito Civil**, cit., p. 13).

Na esteira do que proclama **Gustavo Tepedino**, a partir da Constituição Federal de 1988 o civilista teve que superar, na atividade interpretativa, alguns “preconceitos” que o afastavam de uma perspectiva civil-constitucional. Em primeiro lugar, não se pode mais cogitar, no âmbito do direito civil, em princípios constitucionais apenas como princípios políticos. A Constituição tem um indispensável papel unificador do direito privado, e assim deve ser vista, para que, desta maneira, os institutos de direito privado sejam revistos e redimensionados. Em segundo lugar, os princípios constitucionais não podem ser tomados como simples princípios gerais do direito, extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Ao contrário, tais princípios devem ser prestigiados de acordo com a relevante e destacada posição que detêm na hierarquia normativa nacional. Em terceiro lugar, ainda no que se refere à técnica interpretativa, o aplicador do direito não pode se manter apegado à necessidade de regulamentação casuística, uma vez que o legislador vem alterando a sua forma de legislar, dando preferência às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados, convencido que está da sua própria incapacidade para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere, atualmente. Por fim, o dirigismo contratual e as instâncias de controle social instituídas por uma sociedade mais participativa alteraram o comportamento do Estado em relação aos cidadãos, redefinindo os espaços do público e do privado, não mais pela existência ou não de intervenção pública nas atividades privadas ou pela exclusão da participação dos cidadãos nas esferas públicas, mas segundo a prevalência do interesse público ou do interesse privado na situação concreta²⁵.

Antes de ser compreendida como prova do agigantamento do direito público em detrimento do direito privado, a perspectiva de uma interpretação civil-constitucional deve ser vista como uma oportunidade de revigorar institutos de direito civil, segundo uma nova realidade social inserida no tecido normativo constitucional.

A inflexão dos novos princípios constitucionais, nas situações jurídicas subjetivas, proporcionou uma alteração valorativa no próprio conceito de ordem pública, elevando ao ápice do ordenamento jurídico nacional o princípio da dignidade da pessoa humana. E se “a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela

²⁵ V. **Temas de Direito Civil**, cit., p. 18-19.

Constituição”, diz **Gustavo Tepedino**, “não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional”²⁶.

No âmbito dos contratos, a situação não poderia ser diferente. Ao menos quatro princípios fundamentais de nosso texto Constitucional tocam a nova realidade contratual brasileira: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); a igualdade substancial (art. 3º, III); e a solidariedade social (art. 3º, I). Os dois primeiros são tidos pelo constituinte como fundamentos da República; os últimos são apresentados como os seus objetivos fundamentais; e todos eles informam uma nova principiologia das relações contratuais.

A verdade é que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos a partir da Constituição Federal de 1988. Com o advento da nossa Magna Carta, há uma remodelagem da atuação da vontade individual, levando a efeito a funcionalização da atividade econômica, de modo a que esta atenda aos valores sociais constitucionalmente tutelados, em obediência aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado Social de Direito delineado pelo constituinte.

Resta evidente, pois, a contribuição direta do nosso Texto Constitucional de 1988 para que fosse modificado o tradicional modo de se ver e interpretar o Direito Privado nacional, inclusive na seara contratual.

2.2. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Além da Constituição Federal, não há dúvida de que o Código Civil de 2002 e os seus novos princípios influenciaram sobremaneira toda a estrutura contratual até então vigente no Brasil.

A história da codificação do direito civil brasileiro deve ser analisada levando-se em consideração seus dois maiores paradigmas, quais sejam, a codificação francesa e a alemã. A esse respeito, é posição assente na doutrina nacional que a divisão estrutural do Código Civil

²⁶ **Temas de Direito Civil**, Tomo II, cit., p. 42.

brasileiro de 1916, em sua Parte Geral e Especial, foi inspirada na divisão estabelecida pelo BGB²⁷, contendo, do ponto de vista material, forte influência do *Code Napoléon*²⁸.

Ao lado da influência estrutural e material franco-germânica, cumpre ressaltar que a efetivação das normas postas no ordenamento jurídico pátrio e seu modo de interpretação e aplicação devem ser entendidos em consonância com marcantes aspectos históricos, especialmente aqueles que envolvem a pré-história da independência jurídica nacional, assinalada pela vigência temporal do Código de 1916.

Como se sabe, após a Independência, em 1822, o Governo Imperial brasileiro editou a Lei de 20 de outubro de 1823, por intermédio da qual determinou que continuariam em vigor as ordenações, leis, os regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou aqueles novos diplomas não fossem especialmente alterados²⁹.

Esta a razão por que a formação do direito privado brasileiro deve ser vista como resultado de um longo processo evolutivo, iniciado com a primeira das Ordenações, no século XV, e sedimentado em meados do século XVIII, através das Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603³⁰.

Já em 1867, Portugal adota um Código Civil de nítida inspiração francesa, o chamado Código de Seabra. No Brasil, por outro lado, apesar da determinação constitucional de 1824, para que fosse organizado, “o quanto antes, um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”,³¹ permanece-se por conta da aludida Lei de 20 de outubro de 1823, até o início da obra codificatória, com **Teixeira de Freitas**³².

Augusto Teixeira de Freitas já havia apresentado, em 1858, um trabalho de consolidação das leis civis. O projeto então elaborado, denominado “Esboço do Código Civil”,

²⁷ Boa parte da doutrina atribui aos pandectistas alemães a idéia de dotar o Código Civil de uma Parte Geral contendo os princípios gerais aplicáveis aos livros da Parte Especial. No entanto, foi mesmo **Teixeira de Freitas** quem, precedendo em cerca de quarenta anos o BGB, preconizou em sua “Consolidação das Leis Civis” a estruturação de nosso estatuto civil dessa forma (**MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 251).

²⁸ Ver **Pontes de Miranda, Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 93, **Clóvis do Couto e Silva, O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**, *Ajuris*, v. 40 e **Judith Martins-Costa, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 237 e seguintes.

²⁹ **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 239.

³⁰ **CRUZ, Guilherme Braga da, A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro**, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. L, 1955, p. 34, *apud* **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 239.

³¹ Constituição brasileira de 1824, artigo 79, inciso XVIII.

³² **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 246.

continha cinco mil artigos e acabou não sendo acolhido, após sofrer críticas da comissão revisora³³. A esse propósito, salienta **Judith Martins-Costa**, “os infortúnios e a incompreensão que cercaram a obra de **Teixeira de Freitas** não foram inúteis”. Afinal, lembra a autora, o que importa registrar “foi o legado transmitido ao Código Civil no que diz com a concepção de sistema até então adotada”³⁴, em larga medida incorporada pelo Código Civil de 1916.

Após o rompimento do contrato de **Teixeira de Freitas** com o Governo Imperial, em 1872, várias outras tentativas foram feitas, até que a tarefa foi encomendada a **Clóvis Beviláqua**. O Projeto de Código Civil foi por ele então elaborado, depois revisto, encaminhado ao Presidente da República, que o remeteu ao Congresso Nacional, em 1900³⁵.

Na Câmara dos Deputados, o projeto sofreu algumas alterações determinadas por uma comissão especialmente nomeada para examiná-lo. No Senado, mereceu longo parecer de **Rui Barbosa**. Aprovado em janeiro de 1916, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917. Segundo **Carlos Roberto Gonçalves**, “tratava-se de um Código de acentuado rigor científico, cujo surgimento foi saudado com louvor por renomados juristas, como **Scialoja** na Itália, **Nolde** e **Wolff** na França, que enalteceram especialmente sua clareza e precisão científica”³⁶.

Pois bem, foi justamente essa grandiosa obra que o novo Código Civil brasileiro veio para revogar.

Após algumas tentativas frustradas de promover a revisão do Código Civil de 1916, o Governo Federal nomeou, em 1967, nova comissão de juristas, sob a supervisão de **Miguel Reale**. Integravam-na, além deste último: **José Carlos Moreira Alves** (Parte Geral), **Agostinho Alvim** (Direito das Obrigações), **Sylvio Marcondes** (Direito da Empresa), **Ebert Vianna Chamoun** (Direito das Coisas), **Clóvis do Couto e Silva** (Direito de Família) e **Torquato Castro** (Direito das Sucessões).

³³ **GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro**. 1º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 17. O Autor ressalta, igualmente, que a obra de **Teixeira de Freitas** influenciou o Código Civil argentino, do qual constitui a base.

³⁴ **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 258. “O que no Código Civil ‘morde (digamos) a realidade vem de **Teixeira de Freitas**, ou de **Coelho Rodrigues**”, afirma **Pontes de Miranda**, referindo-se ao *Esboço* e ao Projeto de **Coelho Rodrigues**. Em termos quantitativos, deve-se a **Teixeira de Freitas** 189 das aproximadamente 1.929 fontes, o que, ainda segundo **Pontes de Miranda**, equivale a dizer que ‘em tudo o que se alterou foi o *Esboço* a fonte principal”.

³⁵ **Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro**, volume 1, cit. p. 17. Não se pode olvidar, ainda, que pouco antes da indicação de **Clóvis Beviláqua**, **Coelho Rodrigues** havia sido escolhido para a apresentação de um projeto, e ele o fez, tendo apresentado trabalho de incontestável merecimento, em condições de se converter em lei, mas que não obteve as boas graças do Legislativo, onde não teve andamento. **Clóvis Beviláqua** foi então convidado para esse mister, com a recomendação de aproveitar, tanto quanto possível, o projeto **Coelho Rodrigues**. Desse modo, foi possível desincumbir-se da difícil tarefa em pouco mais de seis meses.

³⁶ *Idem*, p. 18.

Muito embora designada para promover a substituição do Código então vigente, a “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, segundo **Miguel Reale**, “estabeleceu, entre os seus propósitos iniciais, o de conservar o máximo possível o disposto no Código de 1916, objeto de preciosos estudos doutrinários e de valiosa jurisprudência (...)”³⁷.

Portanto, se a influência daquele *Codex* na citada Comissão não foi maior, isto se devem unicamente às imensas alterações operadas no decurso do século passado, tanto no plano científico e tecnológico como no campo social (especialmente aquelas havidas logo após a Grande Guerra), modificações essas que tornaram impossível a manutenção de algumas disposições legais, incompatíveis com os interesses e necessidades de nosso mundo de hoje.

Não se pode perder de vista que **Clóvis Beviláqua** redigiu seu anteprojeto de Código Civil em fins do século dezenove, quando ainda prevaleciam princípios de marcante individualismo, e a civilização brasileira ainda correspondia a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo³⁸.

Nos domínios da ciência do direito, como lembra **Miguel Reale**, “prevalecia a preocupação oitocentista da escola francesa da exegese ou da germânica dos pandectistas visando resolver as questões sociais tão somente à luz de categorias jurídicas, enquanto que, nos tempos atuais, se compreende o Direito em perene vinculação com valores sociais e éticos”³⁹.

E foram justamente esses valores, enfim, que nortearam as diretrizes maiores do novo Código, representadas por três princípios fundamentais: o da *operabilidade*, o da *socialidade* e o da *eticidade*.

No que se refere a operabilidade, preocupou-se a Comissão em estabelecer “soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito”⁴⁰. Assim é que dúvidas e sinónimas foram eliminadas, ao passo que proliferaram no texto cláusulas gerais destinadas a alcançar o direito em sua concreção.

³⁷ Trecho retirado do artigo **Espírito da nova Lei Civil**, publicado por **Miguel Reale** no jornal “O Estado de São Paulo”, Espaço Aberto, em 04 de janeiro de 2003.

³⁸ Nesse sentido, assevera **Judith Martins-Costa**: “O Código a final vigorante em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família -, a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal”.

³⁹ **Espírito da nova Lei Civil**, cit.

⁴⁰ **REALE, Miguel, Código Civil: operabilidade, o terceiro princípio fundamental**, artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, Geral, em 20 de agosto de 2001, p. A7.

Por outro lado, foi a partir do fortalecimento do princípio da socialidade que a fruição do próprio direito ganhou limites, “reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence”⁴¹. Nesse desiderato, disciplinou-se de forma nova o direito de propriedade (a Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XXIII, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”), valorizou-se a teoria da responsabilidade civil objetiva (quando a natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano, por si só, já implica grandes riscos para quem dela participa) e compreendeu-se a “função social do contrato” (representando uma justa composição de interesses individuais e coletivos).

Finalmente, deu-se forte ênfase à eticidade, buscando superar o apego do Código Civil de 1916 ao que **Miguel Reale** chamava de “formalismo jurídico”, fruto, a um só tempo, da influência recebida do Direito tradicional português (decorrente do valioso trabalho empírico dos glosadores) e da escola germânica dos pandectistas (dominada pelo “tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito romano”)⁴².

Exatamente por não acreditar na *geral plenitude da norma jurídica positiva*, dizia o professor da Universidade de São Paulo, é “preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao Juiz para encontrar-se a solução mais justa e equitativa”⁴³. Daí por que a opção do legislador, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais destinadas a orientar os magistrados - por intermédio de modelos jurídicos - a interpretar e aplicar o direito de conformidade com valores éticos⁴⁴.

Nesse contexto, surgem dispositivos legais nos moldes do artigo 113 do Código Civil, segundo o qual "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; do artigo 422 do mesmo *Codex*, mediante o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"; e nos moldes do artigo 187 do Código Civil brasileiro, responsável pela tipificação do abuso do direito, sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda

⁴¹ REALE, Miguel, *Espírito da nova Lei Civil*, cit.

⁴² REALE, Miguel, *Código Civil: diretrizes na elaboração do anteprojeto*, artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, Geral, em 19 de agosto de 2001.

⁴³ *Visão geral do Projeto de Código Civil*. RT, v. 752, p. 22-30, jun. 1998, p. 28.

⁴⁴ Idem. *Ibidem*.

manifestamente “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

3. AS CLÁUSULAS GERAIS

Antes de adentrar no estudo de cada um dos novos princípios contratuais, é fundamental compreender de que maneira tais princípios, ditos valorativos, foram inseridos em no ordenamento positivo brasileiro. Para tanto, uma análise teórica das chamadas *cláusulas gerais* se faz imprescindível, justamente por se constituírem, estas últimas, no meio escolhido pelo legislador para efetivar tais ingressos.

Foi por intermédio das cláusulas gerais, portanto, que os mais recentes princípios norteadores das relações contratuais foram incorporados à legislação civil nacional.

A tarefa de recolher e disciplinar, de forma incessante e progressiva, as tipologias sociais representativas das novas realidades foi o grande objetivo dos anteprojetadores do atual Código Civil. Ao encerrar, no Senado Federal, a votação do Projeto do Código Civil, o Senador **Josaphat Marinho** apresentou estudo no qual ressaltou a circunstância de mover-se, o legislador, “com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e portanto adequado a recolher e regular mudanças e criações supervenientes”⁴⁵.

Ocorre que criar condições para que o próprio sistema possa “recolher e regular criações supervenientes”, sem a intervenção legislativa, não é tarefa das mais fáceis. Daí a opção pelos “modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis”⁴⁶, dentre eles as chamadas *cláusulas gerais*, por muitos tidas como “a viga mestra” dos novos princípios contratuais⁴⁷.

Na verdade, o tema das cláusulas gerais relaciona-se com o movimento de descodificação que marca o fim do século XX, e constitui técnica legislativa que permite dotar de mobilidade o sistema jurídico, destacando a atividade do intérprete em detrimento do legislador,

⁴⁵ Item 26 do Parecer Final ao Projeto do Código Civil, *in* Internet, www.senado.gov.br.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 19-20.

⁴⁷ Nesse sentido, ler Paulo Magalhães Nasser, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, cit., p. 49 e seguintes.

que se abstém de tipificar condutas, em benefício da maior sintonia entre os fatos e o fenômeno jurídico⁴⁸.

Como sintetiza **Heloísa Carpena**:

“(…) a legislação por cláusulas gerais permite, em última análise, a constante atualização do ordenamento, dando flexibilidade ao julgador para decidir sobre novas e peculiares situações de conflito, que não poderiam ser previstas na lei ou seriam conduzidas a uma solução injusta. Contrapõe-se, como se percebe claramente, ao dogma da completude do ordenamento e à sua pretensão de atemporalidade, alicerces do positivismo e da Escola da Exegese que lhe deu sustentação”⁴⁹.

A técnica legislativa das cláusulas gerais contrapõe-se ao método legislativo da casuística.

A casuística, também conhecida por “técnica da regulamentação por *fattispecie*, caracteriza-se pelo grau de detalhamento ou exatidão por meio do qual os supostos de fato são apresentados e descritos (v.g.: arts. 133, 610 e 1.307 do Código Civil brasileiro)⁵⁰.

Quando confrontada com a casuística, afirma **Judith Martins-Costa**, as cláusulas gerais adquirem um duplo sentido: o amplo e o estrito. Amplamente considerada, indica forma ou estrutura cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo conteúdo não está previamente descrito. Nesse sentido, as cláusulas gerais indicam *gênero* do qual são espécies os princípios, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido próprio ou estrito⁵¹. Por outro lado, em sua acepção estrita, as cláusulas gerais são enunciados elásticos (abertos, vagos, porosos, dúcteis) que substituem a descrição na hipótese normativa (fato tipo) e remetem a um *standard* e/ou realidades valorativas, implicando na estrutura do enunciado, na linguagem utilizada, no tipo de raciocínio suscitado e na prova da relação entre o fato que se quer provar e o previsto na disposição normativa⁵².

⁴⁸ **CARPENA, Heloisa. Abuso do Direito nos Contratos de Consumo.** Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2001, p. 93.

⁴⁹ Idem. Ibidem.

⁵⁰ **MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação.** In: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. José Augusto Fontoura Costa, José Maria Arruda de Andrade e Alexandra Mery Hansen Matsuo, organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 996.

⁵¹ Leciona **Judith Martins-Costa**: “Por conta dessa dupla acepção, melhor seria, para indicar o *gênero*, falar em normas *abertas*, ou *vagas*, ou, ainda, *elásticas*, *porosas* ou *dúcteis*, assim apontando à ausência, na hipótese, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como ao emprego de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, dotados, normalmente, de cunho valorativo” (**Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação**, in: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau, Tomo II, cit., p. 997-998).

⁵² **MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação.** In: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. José Augusto Fontoura Costa, José Maria Arruda de Andrade e Alexandra Mery Hansen Matsuo, organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 998.

Todo esse movimento se justifica, segundo **Judith Martins-Costa**, porque atualmente encontramos-nos no “mundo da insegurança”, isto é, diante da impossibilidade de manter a integridade lógica do sistema, antes representada e sustentada por uma ideologia tríplice: a “ideologia da sociedade”, a “ideologia da unidade legislativa” e a “ideologia da interpretação”⁵³.

A chamada “ideologia da sociedade” dizia respeito aos valores da burguesia liberal, à ideia do progresso individual e da livre iniciativa. Todas elas, ideias que se contrapunham, ainda que relativamente, ao interesse social⁵⁴. A “ideologia da unidade legislativa” propugnava pela visualização do Código Civil como um sistema completo, pleno, total, harmônico e autorreferente das leis civis⁵⁵. Por fim, “a ideologia da interpretação” resumia e limitava a atividade cognoscitiva dos juristas à defesa da unidade sistemática do ordenamento, impedindo a opção quanto ao método da interpretação das leis⁵⁶.

O tal “mundo da insegurança” quebrou essa tríplice ideologia. Nasceram e desenvolvem-se as grandes empresas transnacionais, constituem-se as associações de grupos sociais ou categorias, desenvolvem-se novas formas de instrumentação do domínio político e social, surgem os partidos políticos de massa, verifica-se a mundialização prática da atividade econômica, a inflação legislativa, o afinamento do muro divisório entre o direito público e o direito privado, a guerra entre o positivismo e o naturalismo⁵⁷; enfim, todos esses fatores a mostrar a necessidade de um novo paradigma de código, um código farto em modelos jurídicos abertos.

Desde então, tem sido observada a presença, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de normas que buscam a formulação da hipótese legal mediante emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Ao mesmo tempo, leciona **Martins-Costa**, “verifica-se a

⁵³ **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 276.

⁵⁴ Idem. Ibidem.

⁵⁵ Idem, p. 277. “A sociedade oitocentista, assentada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico, em matéria contratual, se reconhecia no código como num espelho. O código era tido como a ‘Constituição da vida privada’, e, portanto, a unidade das relações sociais representadas pela unidade da classe hegemônica se refletia na unidade legislativa que o código continha, tal qual o sistema das regras jurídicas aí inserido espelhava o sistema da realidade social subjacente.”

⁵⁶ **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 279. “Por essa razão não havia nem mesmo possibilidade de opção quanto ao método da interpretação das leis, e as prescrições legais eram necessariamente visualizadas na representação simplificadoria de uma plana subsunção que poderia ser operada através da dedução silogística, sem que fosse possível uma intervenção “estranha” às regras pré-estabelecidas”.

⁵⁷ Idem, p. 280-283.

ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*”⁵⁸.

Muito embora as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados possuam traços semelhantes, tais como o alto grau de “vagueza semântica” e o “reenvio a *standards* valorativos extrassistemáticos”⁵⁹, certo é que se distinguem, especialmente no plano funcional.

Enquanto os conceitos formados por termos indeterminados sempre integram a descrição do “fato” em exame, carreando ao juiz a simples tarefa de precisar o que a sociedade onde vive tem para si sobre determinada expressão (a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa), as cláusulas gerais funcionam como um instrumental à aplicação do direito propriamente dito, impondo ao magistrado a pesquisa de soluções dentro do próprio sistema, através da análise da jurisprudência e/ou da doutrina, no intuito de criar o regramento aplicável ao caso concreto⁶⁰.

As cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, “constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas”⁶¹. A sua concretização exige que o juiz seja “reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral nem, por vezes, no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma

⁵⁸ Idem, p. 286.

⁵⁹ Expressões reiteradamente utilizadas por **Judith Martins-Costa**, em sua obra **A boa-fé no direito privado** (cit.).

⁶⁰ Distinção baseada nas lições de **Judith Martins-Costa**, in **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 324-328. A citada autora facilita o *discrimen* através da análise do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (“Art. 51. São nulas, de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a *boa-fé* ou a equidade.”) e do artigo 422 do Código Civil brasileiro (“Art. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*.”), ambos os enunciados contêm a expressão “*boa-fé*”. Diz a Autora: “No primeiro caso (CDC) está posta a hipótese legal da nulificação de cláusula contratual, por ato judicial. No caso concreto, o juiz deverá precisar o que a sociedade onde vive tem para si como “incompatibilidade com a *boa-fé*”, tarefa eminentemente hermenêutica”. No segundo caso, continua, “a par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina, e criar o regramento aplicável ao caso concreto toda vez que um contrato não for executado em acordo à *boa-fé* (concreção judicial)”.

⁶¹ **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 329.

diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como *arquetipo exemplar da experiência social concreta*⁶².

Pouco a pouco, espera-se que a jurisprudência forme espécies de “catálogos de casos” com a mesma *ratio decidendi*. Ter-se-á, assim, progressivamente, a regulação geral (e não particular) dos casos, sem a interferência legislativa, e em consonância com o progresso das relações sociais⁶³.

Isso não significa, porém, que através desse processo haverá uma “positivação progressiva” da moral jurídica. E a explicação, reproduzida por **Judith Martins-Costa**, é simples:

“As fontes de produção jurídica – seja a lei, a jurisdição, o costume ou o negócio jurídico – geram modelos jurídicos. Se o conteúdo destas não é estático, predeterminado e intangível, pondo-se na experiência jurídica positiva de forma dinâmica, “aberta” e processual, consequentemente também não são estáticos os modelos. Eles obedecem às mesmas dinamicidade, historicidade e processualidade insitas ao conteúdo das fontes que os compõem e das normas que especificam. Por isso é que obedecem a variados tipos também *conformemente ao enunciado normativo* que especificam: podem ser menos flexíveis, o que se dá sobretudo quando se trata de normas com forte conteúdo declaratório, ou dotados de significado variável: estes estão relacionados às fontes que têm como conteúdo modelos de significação variável, em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradadas”⁶⁴.

De qualquer forma, e a despeito das inúmeras discussões e teses que envolvem as cláusulas gerais, o que nos interessa fixar, neste momento, é que o Código Civil brasileiro encontra-se repleto destas cláusulas, nos moldes do quanto preconizado pelos integrantes da Comissão Elaboradora do Projeto de Código Civil.

Clovis do Couto e Silva, a respeito, manifestou-se:

“O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o Projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País (...). O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém ‘cláusulas gerais’, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas”⁶⁵.

As cláusulas gerais não estão uniformemente dispostas no Código civil. A Parte Geral, embora destinada a fixar os parâmetros de todo o sistema - ou seja, marcada pelo propósito de máximo rigor conceitual -, abriga ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas. São exemplos: a regra acerca da privacidade (artigo 21), que confere mandato ao juiz para adotar as “providências necessárias” à manutenção da integridade da vida privada; as normas dos

⁶² Idem, p. 329-330.

⁶³ **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 331.

⁶⁴ Idem, p. 333.

⁶⁵ **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. *Ajuris*, v. 40, p. 148-149.

artigos 112 (interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé), 138 (*standard* da “normal diligência” na apreciação do erro) e o artigo 187, responsável pelos contornos da ilicitude por abuso do direito.

No entanto, é principalmente nos Livros concernentes ao direito de família e ao direito das obrigações que se encontram a maior parte das cláusulas gerais, das quais se destacam as duas que comandam o comportamento contratual, a saber, a da *função social do contrato* (art. 421), e da *probidade e boa-fé objetiva* (art. 422)⁶⁶.

4. OS NOVOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME CONTRATUAL

Viu-se que o contexto axiológico no qual se insere o atual Código Civil brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, alterou substancialmente o tradicional sentido atribuído à autonomia privada e à teoria contratual.

Embora ainda prestigiados pelo sistema, o fato é que os princípios fundamentais clássicos do regime contratual (autonomia privada, consensualismo e força obrigatória), diante de tudo o quanto aqui exposto, doravante estarão sempre acompanhados de outros princípios, dentre os quais se destacam: a *boa-fé objetiva*; a *equivalência material dos contratos*; e a *função social dos contratos*.

4.1. A BOA-FÉ OBJETIVA

A *teoria da boa-fé objetiva* é fruto de um importantíssimo avanço da doutrina moderna⁶⁷, com ponderáveis reflexos no direito contratual e no *direito dos juízes*⁶⁸.

⁶⁶ É preciso registrar que as mesmas não esgotam a disciplina do campo contratual, no qual incidem ainda as cláusulas gerais do comportamento segundo os usos do lugar de sua celebração (art. 113 do Código Civil brasileiro) e as da reparação de danos, por culpa (arts. 186 e 930, *caput*, ambos do Código Civil brasileiro) e por risco (art. 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro).

⁶⁷ É importante registrar que a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos não se limitou ao direito moderno. Basta contemplar o direito romano para constatar a sua importância. Nos dizeres de **Clóvis V. do Couto e Silva**, “a atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente às relações entre os civis, através do *ius honorarium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico” (**A obrigação como processo** – reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 32).

⁶⁸ Expressão cunhada por **Clóvis V. do Couto e Silva**, in **A obrigação como processo**, cit., p. 41-43.

O primeiro passo para compreender o princípio da boa-fé é distinguir a *boa-fé subjetiva* da *boa-fé objetiva*.

Boa-fé subjetiva (ou o “agir de boa-fé”) expressa um *estado de fato*, um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, cuja constatação traz consequências legais (a posse de boa-fé, mais o decurso do tempo, gera a aquisição da propriedade, por usucapião)⁶⁹.

Por outro lado, a boa-fé objetiva se apresenta como um modelo jurídico⁷⁰, impondo às pessoas um comportamento honesto, correto e leal, principalmente em função dos interesses do outro, visto como um membro do conjunto social, que é juridicamente tutelado.

Vale notar, a esse propósito, que o conteúdo da boa-fé objetiva não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso⁷¹. Trata-se de solução jurídica, e não de cunho moral, uma vez que remete e submete a solução do caso concreto “à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto”⁷².

Ademais, o princípio da boa-fé conjuga-se com outros princípios, postulados normativos, diretrizes, presunções e regras jurídicas, a depender dos campos em que atua. Nas relações obrigacionais “puramente” civis, por exemplo, o princípio da boa-fé conjuga-se com o princípio da autonomia privada, com o da autorresponsabilidade (contrapartida da autonomia privada) e com o dever de cooperação, resultando em um sentido ético prevalente na relação

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Crerios para aplicaço do princpio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relaçoes empresariais)**. In: Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. Judith Martins-Costa e Véra Jacob de Fradera, organizadoras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 194.

⁷⁰ Na acepoço que lhe foi dada por Miguel Reale, em **O direito como experiêcia**, na edição de 1968, desenvolvida na edição de 1992, em especial no capítulo VIII.

⁷¹ Foi dito que respeitar a boa-fé objetiva significa ter um comportamento honesto, correto e leal. Notou-se, também, que tal informaço não é suficiente para desvendar, nos casos concretos, o caráter indeterminado desta verdadeira “norma em branco”. Justamente por isso, a doutrina moderna, sobretudo a alemã, tem elaborado, com base na jurisprudêcia, uma série de “hipóteses típicas” ou “figuras sintomáticas”, as quais concretizam a cláusula geral da boa-fé. São exemplos destas hipóteses a proibiço de levar adiante pretensão incompatível ou contraditória com a conduta anterior do pretendente; a impugnaço da validade de um negócio jurídico por quem, apesar disso, o cumpre ou aceita o cumprimento realizado pela outra parte; a vedação de o credor recusar a prestaço apta a satisfazer o seu interesse, embora não esteja inteiramente de acordo com as estipulaçoes contratuais; a proibiço de se invocar a exceço do contrato não cumprido, quando a falta do inadimplente não seja de tal modo grave que justifique a recusa em cumprir da outra parte etc (COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberaçoes sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 59-60). Em função desse caminho percorrido por ordenamentos já afeitos à boa-fé objetiva, pode-se imaginar e sugerir que doravante também a jurisprudêcia nacional se preocupe em identificar “hipóteses típicas” ou “figuras sintomáticas” que representem e facilitem a concretizaço da cláusula geral da boa-fé.

⁷² **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 412-413.

interindividual⁷³. Já nas relações contratuais interempresariais, a boa-fé objetiva se relaciona com o princípio da confiança (seja a confiança como confiabilidade, seja a confiança como credibilidade, seja como estado psicológico de crença legítima ou mesmo como previsibilidade necessária para o cálculo do investidor, sócio ou empresário) e com o princípio da liberdade de iniciativa econômica (o chamado “dinamismo do mercado”), criando para os sujeitos de uma relação obrigacional “uma ordem envolvente de condutas que imanta a conduta negocial, a mensura e a direciona aos valores da probidade, honestidade e lealdade próprios de um *civiliter agere*”⁷⁴.

Essa “ordem envolvente” se refere ao campo onde a relação obrigacional incide, harmonizando-se com outros elementos normativos e fáticos. Vale dizer, os deveres decorrentes da lealdade e da boa-fé não se manifestam sempre os mesmos, e do mesmo modo. Eles são ordenados em graus de intensidade que variam conforme a categoria dos atos jurídicos a que se ligam, bem como de acordo com as fases e planos da relação obrigacional (abrangendo desde a fase das tratativas negociais até a fase pós-contratual, e discernindo-se entre a boa-fé contratual e a boa-fé extracontratual)⁷⁵. Por outro lado, as consequências da infração à boa-fé dependem da situação, do tipo de dever violado, do momento e do modo como foi violado (há efeitos indenizatórios, resolutivos e invalidantes)⁷⁶.

Seja qual for a regulação jurídica subjacente, à boa-fé objetiva são imputadas, tradicionalmente, três distintas funções, muito bem resumidas por **Judith Martins-Costa**: a de “cânone hermenêutico-integrativo do contrato” (art. 113 do Código Civil brasileiro), a de “norma de criação de deveres jurídicos” (art. 422 do Código Civil brasileiro) e a de “norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos” (art. 187 do Código Civil brasileiro).

Na função *hermenêutica*, a boa-fé atua como cânone de interpretação das cláusulas e do comportamento contratual, exigindo, por exemplo, coerência no comportamento

⁷³ **MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 197.

⁷⁴ **MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 205-206.

⁷⁵ **V. MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 216-223.

⁷⁶ **V. MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 206-208.

contratual, de modo que o comportamento posterior das partes seja recolhido como meio auxiliar de interpretação do significado da declaração negocial⁷⁷.

Na função de *cânone integrativo do contrato*, a boa-fé objetiva destina-se ao preenchimento de lacunas presentes nas relações contratuais, decorrentes de situações ou eventos nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes⁷⁸. Nessas hipóteses, resta ao juiz tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, não permitindo 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 esperar⁷⁹.

Para tanto, se necessário for, deve o juiz impor outros deveres às partes, que não se confundem com as obrigações principais nem com as que lhes são meramente anexas, ou acessórias.

Ingressa-se, então, na segunda função reservada à boa-fé objetiva, qual seja a criação dos chamados deveres instrumentais, secundários, laterais ou anexos.

Entre os deveres com tais características, **Judith Martins-Costa** cita, como exemplos:

“a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o

⁷⁷ **MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 210.

⁷⁸ Tomando por empréstimo os ensinamentos de **Clóvis do Couto e Silva** (“A obrigação como processo”), **Martins-Costa** afirma: “‘Em muitos casos é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora’. Esta, embora sirva para ‘aumentar o conteúdo do negócio jurídico’, tem, todavia, como ponto nuclear, ‘a pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do negócio, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (...) e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações’. Se a diferença é de âmbito e de método, e ‘o rigor científico exige a separação’ entre ambas, a conjuntiva serve para explicar que, neste tema, não atua a boa-fé apenas como recurso para interpretação flexibilizadora da vontade das partes: também a integração das lacunas a ela se liga” (**A boa-fé no direito privado**, cit., p. 428-429).

⁷⁹ Sobre a relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé, **Clóvis V. do Couto e Silva** assevera: “Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado. Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. (...) Além disso, o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade aos bons costumes ou à boa-fé” (**A obrigação como processo**, cit., p. 35-36).

do médico, de esclarecer o paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o *dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, sentido amplo; e) os *deveres de colaboração e cooperação*, como o de elaborar o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os *deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento por parte do devedor etc”⁸⁰.

Os deveres instrumentais são concretizados, pois, a partir da “adoção de determinados comportamentos”, impostos pela boa-fé, tendo em vista a finalidade do contrato e a relação de objetiva confiança que o mesmo fundamenta.

Mas não é só. A boa-fé objetiva pode funcionar, ainda, como limitador de direitos subjetivos⁸¹. Explica-se.

A função de criar deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitar ou restringir direitos. Assim, a boa-fé pode atuar no controle do próprio conteúdo contratual bem como no comportamento das partes na sua execução, de modo a evitar condutas oportunistas ou disfuncionais à racionalidade econômico-empresarial do contrato concretamente considerado⁸². A *exceptio doli*⁸³, o adimplemento substancial do contrato⁸⁴, o abuso do direito, dentre outros, são exemplos de institutos usados para esse fim⁸⁵.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439.

⁸¹ Judith Martins-Costa também escreve a respeito em *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 455-472.

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *Crítérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)*, cit., p. 215.

⁸³ “A *exceptio doli*, no direito romano, constituía uma das três defesas específicas contra o dolo, ao lado da *clausula doli* e da *actio de dolo*. Desde a origem restava marcado o seu caráter de exceção, aquilo que paralisa a pretensão, ou como ensina Pontes de Miranda, algo que “diz respeito à eficácia do *ius excepciones* e à eficácia do direito, da pretensão ou da ação, ou da execução, que ela excetua” (Tratado de direito privado, cit., t. VI, § 628, p. 3). Segundo observa Menezes Cordeiro, a *exceptio doli* servia ao réu contra ações dolosas, ligando-se à boa-fé através dos *bonae fidei iudicia*. Por isso mesmo, não era um instituto de enunciação abstrata, havendo, antes, uma enumeração casuística. Era reconhecida à *exceptio doli* uma dupla atuação: em uma vertente, o réu alega a prática, pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica se formara (*exceptio doli praeteriti*, ou *specialis*; noutra vertente, o réu contrapunha à ação a incursão do autor em dolo, no momento da discussão da causa (*exceptio doli praesentia*, ou *generalis*). Esta segunda acepção teve grande desenvolvimento e chega ao direito comum de maneira “difusa”, o que “lhe permite enfrentar situações mais tarde aparentadas ao abuso de direito” (*Da boa-fé...*, cit. p. 723). Contudo, não ingressou no BGB, mantendo-se no sistema por obra jurisprudencial. Mesmo assim, entrou, satisfazia (...) uma Ciência do Direito de exigência crescente” (p. 728), sendo a sua função assumida, de forma menos fluida, pela boa-fé” (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 455).

⁸⁴ “Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução.

É preciso registrar, contudo, que a indisfarçável importância das funções desempenhadas pela boa-fé não justifica ou autoriza, por si só, a desenfreada utilização do instituto. A predisposição em fazer uso do princípio da boa-fé objetiva, se levada a extremos, pode ensejar a subversão da dogmática tradicional, com prejuízo a alguns dos mais importantes valores consagrados por nosso ordenamento jurídico.

A cláusula geral da boa-fé objetiva não se presta a “remover os males do mundo”, muito menos a justificar eventual ultrapassagem dos limites legislativos⁸⁶. **Clóvis V. do Couto e Silva**, acerca desta problemática, desde há muito deixou claro o real propósito da aplicação do referido princípio, ao escrever:

“A aplicação do princípio da boa-fé tem (...) função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”⁸⁷.

Se se ativer aos contratos, é possível afirmar, portanto, que a aplicação da cláusula geral da boa-fé deve ocorrer para conciliar os tradicionais princípios contratuais (v.g. o *pacta sunt servanda*) com os novos princípios de inspiração ético-social.

A ressalva é especialmente importante, se vista sob a perspectiva dos magistrados. Ao lançar mão da boa-fé objetiva, deve o juiz deixar de lado qualquer arbítrio subjetivo, para fazer uso da cláusula geral apenas como um importante critério de valoração jurisdicional (e não como desfecho prévio), visando ao concerto de todos os princípios contratuais úteis à solução de um determinado caso concreto.

Nas sábias palavras de **Clóvis V. do Couto e Silva**:

Ação de rescisão de julgado improcedente e procedente a consignatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários. (Ap. civ. 588012666, Canoas, TJRS, 5ª Câm. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 12.04.88)”.

⁸⁵ A dificuldade, no entanto, é identificar a ocorrência desses eventos nos casos concretos, uma vez que todos eles parecem afeitos a elementos fortemente subjetivos (intenção) e, portanto, de difícil comprovação. Por isso, **Judith Martins-Costa** afirma que a tendência, hoje verificável, é “de sistematizar estes casos através do recurso à boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência que busca especificar os casos de aplicação da boa-fé objetiva, tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico”. E conclui: “O caminho antes assinalado é fruto da necessidade, já aqui grifada, de isolar a boa-fé como norma técnica dotada de um específico – embora alargado – domínio de aplicação. Esta necessidade, repito, advém da constatação segundo a qual, se vista apenas como norma de reenvio de padrões éticos, tanto faria o apelo à boa-fé, como ao abuso de direito, quanto a um vago juízo de equidade, a uma cláusula geral de exceção de dolo ou conceitos similares, pois, em todos os casos, se estaria apenas ampliando a extensão dos poderes do juiz e não se permitindo um juízo com base em certo conteúdo substancial e específico” (**A boa-fé no direito privado**, cit., p. 455-456).

⁸⁶ Advertência formulada por **Lehmann**, reproduzida por **Clóvis V. do Couto e Silva**, in **A obrigação como processo**, p. 42.

⁸⁷ **A obrigação como processo**, p. 42.

“Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética”⁸⁸.

Estas são algumas das consequências que a teoria da boa-fé objetiva traz para a nova realidade dos contratos e da própria jurisdição e cuja análise, mesmo que breve, avalia-se como imprescindível ao desenvolvimento deste artigo.

4.2. A EQUIVALÊNCIA MATERIAL DOS CONTRATOS

Ponderou-se que, ao longo do tempo, os contratos deixaram de pressupor a *igualdade formal* das partes - pensamento característico do Estado Liberal -, para servirem de instrumento na busca pela *igualdade substancial ou real*, isto é, do chamado *equilíbrio contratual*⁸⁹. Assim, ao lado dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, passou-se a cogitar na *equivalência material dos contratos*⁹⁰ como um novo princípio social a ser considerado.

Como não poderia deixar de ser, o atual Código Civil brasileiro foi forjado com base na existência deste novo princípio.

Miguel Reale, ao discorrer sobre o assunto, confirma tal assertiva:

“O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional. (...) Nesse contexto, abre-se campo a uma nova figura, que é da resolução do contrato como um dos meios de preservar o equilíbrio contratual”⁹¹.

⁸⁸ **A obrigação como processo**, p. 42.

⁸⁹ “Em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e equitativa, considerando os ideais de fraternidade e justiça. Já no início do século XX, alguns autores, como René Demogue, referiam-se ao contrato como sendo “uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua”. Mais recentemente, outros autores desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, ou seja, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade” (**Arnoldo Wald, Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil**, cit., p. 85).

⁹⁰ Há quem designe tal princípio como de justiça contratual. A propósito, explica **Fernando Rodrigues Martins** que a noção de justiça contratual guarda espaço bem mais amplo que a reservada ao equilíbrio contratual, uma vez que, enquanto este se liga mais à perspectiva de intercâmbio das prestações, aquela se reveste de um julgamento ético, que absorve o sentido mercadológico. Portanto, a referência que se faz à justiça contratual é principiológica, abrangendo o equilíbrio (**Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21).

⁹¹ **Visão geral do Projeto de Código Civil**. RT, v. 752, p. 22-30, jun. 1998, p. 29.

Além de ratificar a presença do princípio da equivalência material dos contratos no âmbito de nosso Código Civil⁹², as lições de **Miguel Reale** evidenciam a relação entre tal princípio e os princípios gerais da eticidade e da socialidade. Vale dizer, enquanto o princípio da eticidade autoriza que o magistrado perquiria sobre o equilíbrio de determinada contratação, segundo os critérios da equidade, boa-fé, justa causa etc., o princípio da socialidade determina quais são os limites dessa busca, de acordo com a função social dos contratos⁹³.

Não se pode olvidar, ainda, que a atual Constituição Federal brasileira erigiu, como um dos objetivos fundamentais da República, o estabelecimento de relações justas e solidárias (art. 3º, I), de modo que, aos tradicionais princípios da autonomia privada, da obrigatoriedade das convenções e do consensualismo, pudessem ser somados, de forma harmônica, os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva.

Como lembra **Rodrigo Toscano de Brito**, o conceito de equivalência material supõe, necessariamente, a noção de boa-fé objetiva:

“De fato, os limites da relação interna entre os contratantes são encontrados a partir do dever de lealdade e de confiança, de forma que não há dúvida sobre o conteúdo necessário da boa-fé objetiva para o alcance da equivalência material”⁹⁴.

O princípio da boa-fé objetiva e as diretrizes de eticidade e de socialidade garantem a existência de um ambiente mínimo para as noções gerais do princípio do equilíbrio contratual. Contudo, o seu conteúdo mais específico, no sentido de “justa proporção”, “igualdade de valores” ou, pelo menos, “proporção justa entre as prestações”, pressupõe, ainda, noções de *proporcionalidade* e *razoabilidade*⁹⁵. Proporcionalidade, no sentido de que “o meio” escolhido pelos contratantes, ao realizar a contratação, se preste, adequadamente, ao fim e ao objeto do contrato. Razoabilidade, no sentido de que o contrato deve ser interpretado conforme à razão, ao equilíbrio e à harmonia⁹⁶.

⁹² São exemplos dessa presença a possibilidade de abatimento do preço, por vício da coisa ou evicção, e a própria *exceptio non adimpleti contractus*.

⁹³ A propósito, ler **Rodrigo Toscano de Brito**, *in* **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 7-8.

⁹⁴ **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 8.

⁹⁵ Nesse sentido, afirma **Teresa Negreiros**: “Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição de bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade” (**Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 166-167).

⁹⁶ *Idem*, p. 12-13.

É com fundamento nestes princípios que **Rodrigo Toscano de Brito** propõe o seu conceito de equivalência material dos contratos, como sendo “aquele pelo qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações”⁹⁷.

Portanto, o equilíbrio entre prestação e contraprestação não decorre da avaliação que as partes fazem a esse respeito (princípio subjetivo da equivalência), mas de critérios objetivos que evidenciam a justa proporção havida entre as prestações (segundo os princípios da eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade), levando-se em conta as consequências econômicas e sociais advindas do negócio celebrado (princípio objetivo da equivalência).

Ademais, a aferição da equivalência e do equilíbrio deve se dar mediante a análise do caso concreto e de todas as suas circunstâncias, desde a celebração até a ulterior execução do contrato. Ou seja, chamado a compor a lide, o magistrado deve medir, objetivamente, se as prestações contratadas são ou não indutoras de um real equilíbrio de direitos e obrigações, independentemente da fase contratual em que as partes se encontrem.

Justamente por englobar todas as etapas contratuais, o princípio de preservação da equivalência material dos contratos serve-se das consequências decorrentes, por exemplo, do estado de perigo e da lesão⁹⁸, quando do nascimento do contrato; daquelas decorrentes da onerosidade excessiva, do enriquecimento sem causa ou do abuso do direito, por ocasião da execução contratual; das consequências advindas da rescisão unilateral⁹⁹, no momento da

⁹⁷ **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 29. No mesmo sentido, **Paulo Luiz Netto Lôbo** ensina: “o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para harmonização de interesses” (**Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 42, p. 192, abr./jun, 2002).

⁹⁸ Cumpre esclarecer que a fraude contra credores configura-se como vício social, e não de consentimento, uma vez que traz prejuízos a credores alheios à relação contratual. Por conseguinte, inaplicável a sua utilização como instrumento na busca do equilíbrio contratual.

⁹⁹ Vide o parágrafo único do art. 473 do Código Civil brasileiro (“Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”).

extinção do contrato; ou mesmo daquelas provenientes da responsabilidade pós-contratual, ou culpa *post pactum finitum*, já na fase posterior à conclusão do negócio¹⁰⁰.

O princípio da equivalência material dos contratos, bem se vê, é um legítimo representante da nova face social dos negócios jurídicos, que se importa não apenas com a manifestação da vontade livre e consciente dos contratantes, e com a condição social e econômica das partes, mas também com os efeitos dos contratos, na busca pelo equilíbrio contratual real¹⁰¹.

4.3. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Quando se fala em “função” tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, isto é, de vincular um e outra a certos objetivos. Ao se acrescentar à palavra “função” o adjetivo “social”, busca-se dizer mais: busca-se afirmar que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito, para revelar-se como de interesse coletivo¹⁰².

O movimento de *funcionalização dos direitos subjetivos*, assentado em sua relativização, teve **Louis Josserand** como o seu grande precursor¹⁰³.

Josserand, ainda no século XIX, identificou, no âmbito dos direitos individuais e em contraposição ao seu elemento subjetivo (direcionado à satisfação dos interesses pessoais do titular), o crescente florescer do elemento “objetivo social” desses direitos. Assim, se antes o

¹⁰⁰ Muito embora o Código Civil não se refira expressamente à fase pós-contratual, a doutrina é pacífica no sentido da importância que deve ser dada àquela fase, diante do que dispõe o artigo 422 de nosso *Codex*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

¹⁰¹ **ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Curso avançado de direito civil: contratos**. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41. Ainda a propósito, e tomando por empréstimo os precisos dizeres de **Cláudio Luiz Bueno de Godoy**, o justo contratual representa “uma forma de substancial igualdade na formação e, ainda, no desenvolvimento da relação contratual, que se deve conservar imune (...) de extraordinárias alterações circunstanciais que a desequilibrem, assim desigualando as partes e, quiçá, escravizando uma delas ao ajuste, de que não poderá legitimamente se desvincular” (**Função Social do Contrato**, cit., p. 40).

¹⁰² **COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Vol. 63, p. 71-79, jul./set., 1986.

¹⁰³ Atento a esta lição de **Josserand**, afirma **Fernando Augusto Cunha de Sá**: “a relatividade dos direitos seria postulada, desde sempre, pela sua própria origem: produtos sociais, destinados a preencher uma missão social, sob pena de renegarem a própria filiação certa e invariável, que supõe um consentimento da comunidade social, quer expressamente emanado dos poderes públicos, como é a hipótese vulgar, quer retirado directa e instintivamente da consciência colectiva, que se torna ou permanece o seu próprio legislador”. E conclui: qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se a um fim social, “pois estas prerrogativas não são sociais apenas pela sua origem e pela sua gênese, são-no ainda pelo fim para que tendem, pela sua finalidade” (**Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 409).

elemento subjetivo dos direitos individuais conduzia o seu exercício à satisfação dos interesses pessoais do titular, a evolução do elemento “objetivo social” impulsionou tal execução ao cumprimento dos interesses da sociedade¹⁰⁴.

É interessante notar, ainda a esse respeito, que esse movimento de relativização dos direitos subjetivos expandiu-se no mesmo instante em que se impunha – como ainda se impõe – um novo modelo de Estado: um Estado que não se limitasse a proteger o lícito e a reprimir o ilícito, mas a contribuir, afirmativamente, com a promoção e a distribuição da justiça social¹⁰⁵. No campo contratual isso significa, por exemplo, privilegiar direitos subjetivos indisponíveis ou irrenunciáveis, assim como direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sempre que contrastados com direitos patrimoniais desprovidos de igual relevo social¹⁰⁶. Ou antes, conforme acentua **Rubén Stiglitz**, significa conceber e proteger direitos subjetivos contratuais somente enquanto instrumentos úteis a serviço do desenvolvimento social, desde que plantados sobre um campo de convivência substancialmente equilibrado e igual¹⁰⁷.

Essa igualdade substancial, expressão do solidarismo, revela a ideia de conferir igual dignidade social aos sujeitos de direito, mediante ponderada intervenção estatal com o fim de reduzir as desigualdades¹⁰⁸. **Claudio Luiz Bueno de Godoy** afirma que, na senda negocial, é o solidarismo social que garante que as contratações sejam justas, “marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes”, além de “socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ A esse propósito, dizia **Josserand**, “nos direitos individuais, ‘de espírito egoísta’, ao lado do elemento subjetivo que, a nosso ver, subsiste e subsistirá sempre, viu-se aparecer o elemento objectivo, social, que se desenvolve rapidamente e que, desde agora, *ocupa o primeiro lugar*” (p. 301), não tendo tais direitos, “de maneira alguma, a sua última razão de ser na satisfação dos interesses pessoais do titular, mas antes nos *interesses da sociedade* que liga o egoísmo individual ao seu próprio fim, que põe este egoísmo ao serviço das suas necessidades vitais, que vê aí um meio e não um fim” (pp. 391-392)” (**JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité**, cit., p. 313, *apud* **ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, Do abuso de direito**, cit., p. 39.)

¹⁰⁵ Ler, a respeito, **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 116-117.

¹⁰⁶ **LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil. 2ª edição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, volume 2, p. 72.

¹⁰⁷ *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, in *Contratos: teoría general*. Buenos Aires: Depalma, 1993, volume 2, p. 275, *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 117.

¹⁰⁸ Para **Fábio Konder Comparato**, solidariedade social significa impor a todos “deveres positivos de colaboração (situação em que hoje devem ser colocados os contratantes, como já salientado)”, ou seja, significa dar “um sentido de interdependência à vida humana”. Essa interdependência, diz o Autor, se manifesta pela divisão orgânica de funções dentro da sociedade (que se complementam reciprocamente), e pela chamada justiça distributiva ou prestação de serviços sociais, de forma a se evitar ou ao menos aliviar a exclusão social e, com isso, preservar a dignidade humana (**A evolução histórica e os princípios fundamentais dos direitos humanos**, texto de apoio para palestra no Curso de Direitos Humanos, da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo, outubro de 2000, p. 10-11 *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 129).

¹⁰⁹ **Função Social do Contrato**, cit., p. 132.

Pois bem. Foi com base nesse ideário que as constituições, de uma forma geral, passaram a, sistematicamente, disciplinar a ordem social e econômica, conferindo a tais institutos uma importante dimensão jurídica. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, fato que se seguiu nas constituições posteriores¹¹⁰.

Para fins de precedente distinção, enquanto a ordem econômica reúne um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos, visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social¹¹¹ (observados os princípios indicados no artigo 170 da Constituição)¹¹², os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas

¹¹⁰ **SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 276.

¹¹¹ “Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela. Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve, até aqui, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá a justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos” (**SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo**, cit., p. 721/722).

¹¹² “Não nos enganemos, contudo, com a retórica constitucional. A declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim” (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 720). Nesse mesmo sentido, **Josaphat Marinho** salienta que a ordem econômica, configurada na Constituição, prevê apenas algumas medidas e princípios que “poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados. Mas desses princípios e medidas advêm soluções de transição, apenas moderadoras dos excessos do capitalismo. São fórmulas tecnocráticas e neocapitalistas, que não suprimem as bases da ordem econômica individualista, fundada no poder privado de domínio dos meios de produção e dos lucros respectivos” (“*A ordem econômica e social nas Constituições brasileiras*” RDP 19/59 apud **SILVA, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo**, cit., p. 720).

constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais desiguais”. Isto é, os direitos sociais criam condições materiais mais propícias à obtenção da igualdade real e, conseqüentemente, ao exercício efetivo da cidadania.

Em certo sentido, portanto, os direitos econômicos constituem pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, “sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos”¹¹³.

Foi justamente em homenagem ao ditame constitucional e, particularmente, ao propalado princípio da socialidade (um dos três princípios cardeais sobre os quais se assentam as disposições do *Codex* de 2002), que o Código Civil brasileiro estatuiu, em seu artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Aliás, o legislador civilista fez mais. Para que dúvidas não pairassem acerca da natureza desse dispositivo, houve por bem logo e expressamente, no parágrafo único do artigo 2.035, alçá-lo à categoria dos preceitos de ordem pública.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, acerca do quanto disposto no artigo 421, afirma que “a autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhes os efeitos que lhe são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal”. Nesse sentido, prossegue **Aguiar Júnior**, “em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra *a sua razão de ser* e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia”¹¹⁴.

Veja-se que, em estrita observância à literalidade do quanto disposto no artigo 421, o Ministro **Ruy Rosado de Aguiar Júnior** chega a desconsiderar a vontade e intenção das partes, para valorizar o convívio social e a preservação dos interesses da coletividade.

Não obstante a posição do referido Ministro do Superior Tribunal de Justiça, parte da comunidade jurídica manifestou grande preocupação com a redação do citado artigo, sobretudo por estabelecer que a liberdade contratual deve ser exercida *em razão* da função social do contrato, tal qual se o princípio constitucional da liberdade contratual estivesse totalmente

¹¹³ Idem. Ibidem.

¹¹⁴ **Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos**. RT, São Paulo, n. 755, p. 19, maio de 2000.

subjugado ao princípio da função social. Não por outra razão, chegou-se a propor, na Jornada de Direito Civil, promovida de 11 a 13 de setembro de 2002, um enunciado segundo o qual “a função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes estejam interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”¹¹⁵.

Longe de afastar a óbvia função individual dos contratos e as garantias a ela inerentes (art. 5º, XXXVI e LIV da Constituição Federal), o princípio insculpido no artigo 421 do Código Civil brasileiro apenas impõe que os limites à liberdade de contratar se harmonizem com os mais amplos interesses da sociedade.

Nessa esteira, **Miguel Reale** se manifestou:

“Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”¹¹⁶.

É importante consignar, também, que a despeito da função social dos contratos se projetar, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes, não se nega que a tanto não se restrinja o princípio, que também cumpre relevante papel “ultra partes”, espalhando efeitos sobre terceiros não integrantes da relação contratual (eficácia social dos contratos). Cuida-se, é verdade, de flagrante corte no elástico clássico de um dos mais tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade, segundo o qual o contrato não prejudica nem beneficia terceiros que lhe são alheios (o contrato é *res inter alios tertio nec nocet nec prodest*)¹¹⁷.

Em consonância com o princípio da socialidade, o contrato deixa de ser um assunto individual para tornar-se uma instituição social, impondo ao jurista, como observa **Antônio Junqueira de Azevedo**, “a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”. Para **Junqueira**, o contrato passa a ter “importância para toda a sociedade”¹¹⁸.

¹¹⁵ No mesmo sentido, chegou-se a inserir, em proposta legislativa já de alteração do novo Código Civil, formulado pelo relator do projeto na Câmara, Deputado Ricardo Fiuza, posto que rejeitada, mais pela sua extensão que pelo seu conteúdo, sugestão de modificação na redação do art. 421, para suprimir a expressão “... em razão da...”, persistindo apenas a dicção de que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (Projeto n. 6.960, de 12-6-2002).

¹¹⁶ **História do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 268.

¹¹⁷ Ver, a respeito, **Claudio Luiz Bueno de Godoy**, in **Função Social do Contrato**, cit., p. 134-155.

¹¹⁸ O art. 170, *caput*, da Constituição da República, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa (**Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. RT, São Paulo, vol. 750, p. 113-120, abr. 1998, p. 116).

Giovanni Ettore Nanni, nessa mesma linha, reforça que os contratos, atualmente, cada vez mais interferem nas zonas de interesse de terceiros, espraiando os seus efeitos à comunidade, o que justifica sejam também protegidas as partes não contratantes, mediante a intervenção do Estado, sempre que os negócios celebrados deixem de encontrar fundamento no princípio da função social¹¹⁹.

Teresa Negreiros, a propósito, fornece rica classificação de *terceiros* que reputa possam ser *ofensores do ajuste*, e outros que considera possam ser *vítimas de contrato alheio*. Como exemplo deste último caso, cita a responsabilidade solidária, perante o *bystander*, dos integrantes da cadeia de produtores nas relações consumeristas; ou, no caso de redes de contratos (contratos coligados), a responsabilidade da financeira e da incorporadora, junto com a construtora, de entregar o imóvel financiado. Quanto a hipótese de terceiros ofensores do ajuste, alude a Autora à chamada *tutela externa do crédito*, isto é, à proteção do ajuste contra a violação que lhe possa impingir um terceiro não contratante (v. artigo 608 do Código Civil brasileiro)¹²⁰.

O próprio Código Civil de 2002 não se furtou ao influxo dessa nova compreensão da situação de um terceiro em face do contrato alheio. Assim é que, no caso de seguro obrigatório, malgrado em reiteração ao quanto já contido em legislação especial (Leis n. 6.194/74 e 8.441/92), o referido *Codex* permitiu direta postulação indenizatória pelo terceiro prejudicado (art. 788). Em idêntico sentido, lembra **Claudio Luiz Bueno de Aguiar**, o Código Civil permitiu, nos casos de evicção, a denúncia da lide, pelo evicto, não só dirigida contra o alienante direto como, também, contra qualquer dos anteriores (art. 456)¹²¹.

5. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no novo Código Civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 92, v. 815, p. 11-31, set. 2003.

¹¹⁹ **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**, in Renan Lotufo (Coord.), Cadernos de direito civil constitucional. Curitiba: Editora Juruá, 2001, v. 2, p.186.

¹²⁰ **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p 230-259.

¹²¹ **Função Social do Contrato**, cit., p. 138.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000, volume 1.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Parecer jurídico: Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato**. Revista dos Tribunais. Ano 94. Volume 832, fevereiro de 2005, p. 115-137.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. RT, São Paulo, vol. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CARPENA, Heloisa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Vol. 63, p. 71-79, jul./set., 1986.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo – reimpressão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. *Ajuris*, v. 40.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

GARCEZ NETO, Martinho. **Temas Atuais de Direito Civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de, **Função Social do Contrato**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, Revista, Atualizada e Aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, atualizada de acordo como Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 1º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado – Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira**. Revista do Advogado, Ano XXII, nº 68, São Paulo, Dezembro de 2002.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Ativismo Judicial Disfuncional nos Contratos**. São Paulo: Editora IASP, 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2º Volume. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 42, p. 187-195, abr./jun., 2002.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 16, n. 59, p. 29, jan./mar. 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. **O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil**. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**. In: Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em

homenagem a Clóvis do Couto e Silva. Judith Martins-Costa e Véra Jacob de Fradera, organizadoras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação**. *In*: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. José Augusto Fontoura Costa, José Maria Arruda de Andrade e Alexandra Mery Hansen Matsuo, organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**, *in* Renan Lotufo (Coord.), Cadernos de direito civil constitucional. Curitiba: Editora Juruá, 2001, v. 2.

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

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Editora Almedina, 1982.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. RT, São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de direito civil: contratos**. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11^a edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social do contrato**. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias

contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil *in* **O Direito Civil no Século XXI**, Coordenação de Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 3

Jan/Mar 2015

Doutrina Nacional / Leonardo Estevam de Assis Zanini / Ricardo Lucas Calderon / Michele Mayumi Iwasaki / Thaís Fernanda Tenório Sêco

Pareceres / Luiz Edson Fachin / Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Atualidades / Vivianne da Silveira Abílio

Resenha / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Anderson Schreiber

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e à experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) jurisprudência comentada; e
 - (iv) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri - Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Bastos

O CONTRATO EPC E O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO

Título em inglês? The EPC contract and the Economical Balance Principle

Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo; Visiting Scholar
in residence na Columbia University Law School New York, (1973-1974).

PARECER

I. OS FATOS

1/1. A Consulente - **E** (“**E**”) - é uma empresa brasileira, cujas sócias fazem parte do grupo **E**, com atuação em diversos países, nas áreas de energia, engenharia, transporte, logística e serviços. Por sua vez, **A** (“**A**”) - a outra protagonista da controvérsia objeto do presente parecer - é uma sociedade de propósito específico (SPE), criada com a finalidade de construir e explorar uma usina termoelétrica em Camaçari, Bahia, contando inicialmente, com os seguintes acionistas: “C S/A”, com 50% das ações; “P S/A”P, com 30%; e “G Ltda.”, com 20%.

1/2. Em abril de 2011, a Agência Nacional de Energia Elétrica (“**ANEEL**”) expediu Portaria, autorizando a **A** a estabelecer-se como produtora independente de energia elétrica, prevendo um cronograma de implantação que permitiria que as obras da usina se iniciassem, no máximo, “*até 7 de janeiro de 2012*”, e que esta pudesse entrar em operação comercial “*em janeiro de 2013*”.

1/3. Antes dessa Portaria, já em janeiro de 2011, as empresas C e P se movimentaram, dando início ao processo de “*chamada de propostas*” para a cotação de preços, incluindo o fornecimento de moto-geradores e transformadores de potência, com vista à construção, não de uma, mas de duas usinas termoelétricas, tomando por base o detalhamento técnico preparado pela empresa XY Projetos. Naquela oportunidade, o termo de referência previa que os motores seriam fornecidos pelas empresas M&M Diesel ou W&T, razão pela qual tais empresas assumiram a iniciativa das negociações, alinhando-se com a TT Engenharia S/A (“**TT**”) e com a **E** para atenderem ao restante dos serviços.

1/4. Depois de meses de negociação, **E** e W&T apresentaram uma proposta conjunta, que seria a seguir alterada, em julho de 2011, com o fim de rever os

prazos de entrega dos motores, incluindo a tancagem de combustível. Nessa ocasião, **E** foi informada de que a proposta da **TT** teria triunfado. Tal informação seria, porém, logo no mês seguinte, retificada, quando a **E** foi instada pela **P** a apresentar nova proposta, desta feita com motores **H**, que seriam adquiridos diretamente pela **A** da **H Co. Ltd.** Convite idêntico foi estendido à **TT**.

1/5. Também nesse caso a proposta apresentada pela **TT**, com a inclusão dos motogeradores **HH** e transformadores de potência **DEU**, estava a indicar que, de novo, se sagraria vencedora do certame, visto que o preço ofertado para a construção da referida usina, excluído o fornecimento dos motores, girava em torno de R\$ 73 milhões, abaixo da cifra proposta pela **E** (R\$ 75 milhões). Nessa altura, a **TT** começou a apresentar sinais de debilidade financeira que a levaria, posteriormente, a requerer recuperação judicial. Diante desse quadro, **C** e **P** convocaram **E**, quando lhe transmitiram o interesse em consagrá-la vencedora do certame licitatório, desde que procurasse se avizinhar do patamar estabelecido na proposta da **TT**.

1/6. Na realidade, **E** já fora anteriormente contratada para implantar duas outras usinas na região nordeste, e, agora, a **P** se mostrava categórica em sua convocação para a assunção das obras de Camaçari, sinalizando que eventual recusa por parte da **E** em assumir os serviços, em termos aproximados aos da proposta da **TT**, poderia ser interpretada como falta de cooperação em momento delicado, eis que a construção de Camaçari, segundo a portaria da ANEEL, deveria iniciar-se em 7 de janeiro de 2012. Ademais, considerando o peso da **P** em termos de Brasil, a reticência poderia colocar em risco a continuidade dos serviços que a **E** vinha prestando, e almejava continuar a prestar, àquela empresa.

1/7. Nesse cenário, a convocação da **P** consubstanciava “*fato necessário*” que compelia a **E** à aceitação do negócio, tanto mais que entre elas tinha havido, paralelamente, consenso no sentido de que – dada a premência do tempo para reformulação do orçamento – ambas as partes se dispunham a implementar os ajustes que se revelassem indispensáveis para a execução do contratado. Nesse contexto, os entendimentos travados com a **P** foram reduzidos a um documento escrito intitulado “*termo de compromisso*”, quando, além da exigência de que fossem observados os mesmos prazos e condições pactuados anteriormente com a **TT**, foi previsto um limite de preço da obra superior ao oferecido por esta empresa, no valor de R\$ 75.000.000,00.

1/8. Em 2 de outubro de 2011, a **A** “*formalizou*” a licitação privada e promoveu a publicação de edital de chamada de propostas para construção da Usina

Termoelétrica, cerca de pouco mais de dois meses antes da data prevista para o início das obras, em 7 de janeiro de 2012. Em observância às condições do termo de compromisso, **E** apresentou a sua proposta formal, que inicialmente não incluía serviços de terraplanagem, mas que, ao depois, em nova redação, os incluiria, com acréscimo do valor do preço combinado (de R\$ 75 milhões para R\$ 80.000.000,00). No final de outubro, as partes deram início às tratativas finais para a contratação, que se prolongaram até o segundo mês de 2012 (quatro meses, portanto). Nessa altura, dado o exíguo prazo para a entrega da obra, a **A** se antecipou, iniciando em dezembro de 2011 a disponibilização de recursos financeiros (cerca de 20% do valor do Contrato, em duas parcelas, segundo consta da cláusula 6.2(1) do Contrato) para que a **E** pudesse de imediato se condicionar para dar início às obras, antes mesmo da assinatura do instrumento contratual.

1/9. Somente em 15 de fevereiro de 2012, foi celebrado o “*Contrato de Engenharia, Suprimentos e Construção*”, tendo por objeto a execução, em regime de empreitada total por preço global (“*turn key*”), no valor de R\$ 80.000.000,00, de todos os serviços que se fizessem necessários para que a **A** recebesse a usina na data aprazada, ou seja, em 30 de novembro de 2012, devidamente testada, comissionada e apta a iniciar a sua operação comercial (“Contrato”).

1/10. Mal firmado o Contrato, logo a **E** se deu conta de que havia sido induzida em erro sobre as reais circunstâncias que constituiriam a “*base do negócio*” a que se vinculara, pois, por injunção da **A**, viu-se envolvida com a introdução de *alteração no arranjo geral conceitual* do empreendimento, para acolher a adequação do *lay-out* às estruturas que comporiam a futura usina, como postulado pela **A**. Não bastasse isso, esta ainda determinou a modificação das condições do acesso principal de caminhões e a construção de ligação do pólo-plástico ao site da futura usina, com acréscimo de serviços de terraplanagem, drenagem e pavimentação. Ora, como é curial, a alteração no *lay-out* da usina, com tais ampliações, implicava modificação substancial de todo o empreendimento, comprometendo, por consequência, a base sobre a qual fora o negócio pactuado. Com efeito, a alteração no *design* da planta resultou em diferentes platôs, com declives acentuados, impactando tanto o tempo para a execução das obras de formação dos taludes, quanto os custos das mesmas, majorados com o significativo acréscimo de serviços e materiais.

1/11. A esses fatos, somou-se o atraso por mais de um mês por parte da **A** na obtenção das licenças ambientais, municipais e estaduais, necessárias aos serviços de terraplanagem, pois, para que as obras se iniciassem em 7 de janeiro de 2012, fazia-se

mister que tais licenças fossem obtidas até essa data. Foi necessário, ainda, implementar soluções técnicas para contenção de deslizamentos e erosões dos taludes, sem falar que se mostrou imperiosa a aquisição de terra mais consistente para essas obras, proveniente de regiões afastadas.

1/12. Definidas tais alterações no arranjo geral conceitual, a **E** foi ainda surpreendida, no período de março a julho de 2012, com chuvas torrenciais imprevisíveis, provocando grande incidência de deslizamentos durante a movimentação de terra. Nessa altura, as partes decidiram contratar a SSSS Gerenciamento (“**SS**”) para acompanhar a evolução da obra, realizando essa empresa a revisão de todos os trabalhos efetuados e implantando nova forma de medição dos serviços; alteração esta que, além de retardar também a obra, não foi formalizada em Aditivo. Isso não bastasse, verificou-se, nesse período, aumento abrupto e imprevisível nos preços dos insumos (aço, concreto, cobre), comprometendo profundamente o “*equilíbrio econômico-financeiro do Contrato*”. Tal desequilíbrio tornou o cumprimento das obrigações “*excessivamente oneroso*” para a **E**. Acresce ainda o fato de que a Hyundai igualmente atrasou na entrega dos equipamentos, afetando o curso das obras.

1/13. A vista disso, a **E**, em 27 de agosto de 2012, cinco meses da assinatura do Contrato, encaminhou à **A** a Proposta Técnica nº 000.001, com o objetivo de promover a adequação do preço contratual, em valores calculados até aquele mês de referência. Após a apresentação de mais duas versões da referida proposta, a **A** sinalizou que concordaria em parte com os aspectos financeiros, os quais deveriam ser ajustados. Em função disso e à luz do agravamento das circunstâncias, **E** formulou a a Proposta Técnica nº 000.003, em 3 de outubro de 2012, a qual não apenas reiterou os termos da proposta anterior, mas também ressaltou as medidas necessárias para se buscar a recuperação dos atrasos naquela altura.

1/14. Em reunião realizada em 9 de outubro de 2012, **A** acatou apenas parcialmente o pleito financeiro de **E**, o que ficou registrado em ata que passou a ser denominada “*aditivo contratual*”, através do qual pactuou um acréscimo no preço do Contrato da ordem de R\$ 25.000.000,00, majorando o valor contratado de R\$ 80.000.000,00 para R\$ 105.000.000,00 (“**Aditivo**”). O ajuste foi definido em reunião da qual participou apenas um representante da **E** e, na ocasião, fez-se constar que dependeria da aprovação de **E** até 13 de outubro de 2012. Esse fato importava, inegavelmente, por si só, no reconhecimento cabal por parte da **A** de que erros e motivos imprevisíveis haviam tornado a obra “*excessivamente onerosa*” para a **E**, justificando-se, por conseguinte, a sua

“*correção*”, que, infelizmente, não restou de todo materializada com essa majoração, como logo se verificaria.

1/15. Advirta-se que, no segundo semestre de 2012, quadra em que esses eventos se desenrolavam, o aumento dos insumos persistia em níveis ainda mais desnorteantes, em razão da crise econômica que assolava a economia mundial. Em meio a essa conjuntura, eis que **A** solicitou a alteração da capacidade dos tanques de combustível de 900m³ para 1.100m³, o que atrasaria ainda mais a construção da usina, demandando acréscimo de mão-de-obra para cumprimento do prazo do Contrato a fim de atender a essa nova modificação de escopo. Durante essa etapa, entre outubro e novembro de 2012, a **E** se viu também na contingência de enfrentar movimentos grevistas, que, se não constituem, em si, fatos imprevisíveis numa construção, assumiram, na ocasião, magnitude que fugia da normalidade. Todos esses eventos foram acompanhados pela **A** através da presença do “*engenheiro do proprietário*”.

1/16. Em dezembro de 2012, **A** e **E** acordaram que, não obstante os percalços, o empreendimento teria condições de ser concluído, no cenário mais pessimista, até março de 2013, já que mais de 80% das obras estava concluído, sendo necessário, no entanto, reunir mais recursos adicionais para fazer frente à contratação de pessoal para recuperar os atrasos - a que, de resto, a **E**, como apontado, não dera causa. Eis que, nesse momento, foi a **E** surpreendida com a mudança de comportamento da **A**, a qual manifestou a decisão de abandonar a idéia do novo cronograma e iniciar tratativas no sentido de realizar um distrato amigável, visando a assumir, ela própria, a responsabilidade pela conclusão da obra por sua conta e risco. Em reunião de 12 de dezembro de 2012, ficou acertado que a partir dessa data a **A** assumiria os serviços, cabendo à **E** colaborar no período de transição.

1/17. Não obstante esse acerto, combinado em 15 de dezembro de 2012, em meio a uma reunião em que se discutia dita transição, a **A** enviou notificação à **E**, comunicando que considerava “*resolvido*” o Contrato, por conta de alegado inadimplemento (atrasos) por parte da empreiteira de suas obrigações contratuais, ao mesmo tempo em que notificava os diversos fornecedores indicados pela **E**, informando que havia *rescindido* o Contrato e que estava assumindo a obra. Ao mesmo tempo em que participava a muitos fornecedores que não tinha interesse em continuar contando com a prestação de seus serviços. Numa *conduta contraditória* em relação às tratativas que vinha desenvolvendo, desconsiderava o fato de que, em dezembro de 2012, a **E** já havia executado por volta de 80% da totalidade do Contrato, como o confirmariam as planilhas

de medição da SS, contratada por ambas as partes. Ademais, em vistoria realizada no local da obra, a pouco mais de um mês dessa notificação, em 30 de janeiro de 2013, a ANEEL consignaria que a **A** lhe asseverara que “*o empreendimento encontrava-se com avanço de aproximadamente 86%*”.

1/18. Oito meses depois, em 14 setembro de 2013, a **A**, em lugar de quitar os débitos ainda pendentes, enviou notificação à **E**, reclamando (i) multa diária por atrasos nos marcos parciais e (ii) multa por atraso na entrada da operação da usina, e (iii) devolução de valores que teriam sido pagos em excesso e pagamento de custos que defluiriam da retomada da obra, incorridos até agosto de 2013. Nesse sentido, fez cobrança no valor de R\$ 98.642.242,95, sendo que R\$ 80.643.568,99 a título de custos despendidos com a obra remanescente realizada após a retirada da **E** - cifra que excedia o preço original pactuado para a obra inteira, e só por si, evidenciaria que o Contrato, todo ele, estaria econômica e financeiramente desequilibrado. Em 24 de setembro de 2013, a **E** respondeu, apresentando contra-notificação.

1/19. Diante desse quadro, **E** resolveu submeter a controvérsia à arbitragem, para que fosse declarada a improcedência das pretensões da **A**, arguindo que a rescisão do Contrato *não* decorreria de qualquer conduta a ela imputável, como alegado, mas sim de decisão unilateral da **A**, que, sobre encontrar-se inadimplente em suas obrigações contratuais, *enriqueceu-se indevidamente* com o desequilíbrio econômico-financeiro do referido Contrato. Nesse sentido, fazia-se necessária a *revisão* do mesmo, restabelecendo esse equilíbrio, comprometido pela ocorrência de fatos imprevisíveis e de força maior, reconhecidos pela **A** e dos quais resultaria um crédito a favor da **E**.

1/20. Nesse sentido, requereu a **E** que o tribunal arbitral (i) declarasse a ilicitude da resolução unilateral do Contrato por parte da **A**, à míngua de inadimplemento a ela imputável, assim como das aplicações das penalidades por atrasos de marcos contratuais suscitadas pela **A**, em manifesta contrariedade a comportamento anterior; (ii) condenasse a **A** ao pagamento de reparação por danos morais no valor mínimo de R\$ 1 milhão, em virtude do aviltamento de sua imagem perante subcontratados e fornecedores; (iii) condenasse a **A** ao pagamento de indenização por danos materiais, decorrentes da desmobilização antecipada da obra, quando já se avizinhava a sua conclusão; (iv) condenasse a **A** ao pagamento de R\$ 10.477.189,00, relativos a serviços prestados e ainda não quitados à **E**, gerando enriquecimento sem causa em favor da primeira ; (v) recompusesse o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, condenando a **A** a reparar a **E** prejuízos por esta sofridos em montante não inferior a R\$ 21.386.071,35, que derivaria

da diferença entre os custos orçados e os valores realmente despendidos na execução do Contrato; e (vi) condenasse a **A** a ressarcir custas, despesas processuais e honorários incorridos processo arbitral.

1/21. Em sua resposta, a **A** salientou que a discussão do procedimento prescindiria da qualificação dos argumentos fáticos e jurídicos aduzidos pela **E**, na medida em que o cerne da controvérsia se concentraria, fundamentalmente, na natureza do Contrato EPC, de sorte que o exame das razões deduzidas para justificar o aumento de preço e o atraso da usina seria até dispensável. De qualquer forma, aduzia que tais razões não procederiam, visto que as alegadas alterações no objeto original do Contrato foram expressamente aceitas pela **E** por meio do Aditivo, sem que tivesse havido qualquer mudança no que toca ao prazo de entrega da usina, livremente pactuado.

1/22. Abordando, no entanto, as questões fáticas e jurídicas alinhadas pela **E** para esclarecer as circunstâncias em que se deu a celebração do Contrato e explicar os atrasos ocorridos na conclusão da obra, a **A** arguiu, inicialmente, que a contratação da **E** para a realização da obra da usina não se deu em substituição à da **TT**, como alega a **E**, visto que não teria havido qualquer prévia contratação dessa empresa, mas meras tratativas comerciais ocorridas anteriormente ao certame em que a **E** se sagrou vencedora. Por outro lado, o termo de compromisso que **E** enviou por e-mail à **A**, e no qual não haveria a aposição das assinaturas dos diretores desta última, é de 15.8.2011, data anterior, portanto, e não posterior, ao processo de concorrência, no qual a **E** se sagraria vencedora, visto que este só teria sido formalizado pela diretoria da **A** em reunião de 24.10.2011, e, dessa forma, não desfrutaria de qualquer caráter vinculante.

1/23. Rejeita, a seguir, a alegação da **E** de que teria sido induzida em erro pela **A** a respeito das condições básicas do negócio, já que não só foram promovidos sucessivos encontros prévios entre todos os proponentes do certame e a **H**, fornecedora dos equipamentos, como também as necessidades para a implantação da usina teriam sido desenhadas em conjunto pela fornecedora e pela empreiteira, cabendo sempre aos proponentes, supostos *experts* no assunto, detalhar o escopo do empreendimento, motivo pelo qual não lhes assistiria o direito de suscitar tais questões. De resto, eventuais alterações no projeto básico são normais, visto que, no referido plano, apenas se estabelecem as linhas cardeais do empreendimento. Mas mesmo que assim não fosse, as alterações do *lay-out* foram previstas no Aditivo e acordadas pelas partes contratantes, (a) com *robusta majoração do preço*, e (b) *sem que se admitisse outra data para a entrega da usina*.

1/24. Ademais, não concorda a **A** com a alegação de que os serviços de terraplenagem da nova área de tanques, objeto da negociação dos termos do Aditivo, tenham comprometido o prazo pactuado para a entrega da usina, ou que tenha havido demora na obtenção das licenças ambientais, até porque a obtenção dessas licenças era, pelo Contrato, da responsabilidade da empreiteira. Também não concorda com a invocação da ocorrência de chuvas a índices pluviométricos extraordinários e do aumento abrupto nos preços de insumos, encarados como casos de força maior que justificariam atrasos e alterações no preço, pois que ainda que tivessem ocorrido tais eventos, houve expressa exclusão dos mesmos em disposições contratuais na caracterização do fortuito (cláusula 6.4), sendo certo que a **A** teria admitido a inclusão desses fatores na alteração de preço operada no Aditivo de 9 de outubro de 2012 por “*mera liberalidade*”, mantendo-se, porém, inalterado o prazo de conclusão da obra.

1/25. Não aceita, também, a alegação de que o atraso na entrega de equipamentos pela **H** e a alteração na capacidade dos tanques de combustíveis tenham provocado prejuízos à **E**, já que, de um lado, a entrega de tais equipamentos teve de ser postergada em razão de atrasos imputáveis à própria **E** que não providenciara, a tempo e hora, espaço onde depositá-los, e, de outro, a alteração da capacidade dos tanques de combustível fora contemplada no Aditivo, mantendo-se sempre nesse instrumento, repita-se, inalterado o prazo de entrega da usina. Quanto aos movimentos grevistas, seria sabido que não consubstanciam fatos imprevisíveis.

1/26. Conclui, por fim, asseverando que, em momento algum, acordou com qualquer novo cronograma em que se tenha previsto a entrega da usina até março de 2013, registrando apenas, nas reuniões realizadas em dezembro de 2012, que, com base no que se via nos canteiros, constatara que não seria possível à **E** entregar a usina no tempo estipulado, não concebendo outra solução senão a rescisão do Contrato, avocando para si a responsabilidade pelo término da obra. Rejeita também a alegação de que, quando da rescisão do Contrato, as obras encontravam-se 86% concluídas, asseverando que o relatório da **SS**, invocada pela **E** para chegar a esse percentual, apresenta graves inconsistências, sendo que o estágio dos avanços nos marcos contratuais, por ela apontado, não guarda sequer proporcionalidade com a tabela do mesmo relatório, nem levam em consideração critérios de pesos adequados.

1/27. Nesse sentido, a **A** impugna todas as afirmações, pedidos e valores que compõem as pretensões deduzidas pela **E** na notificação de instituição de arbitragem, acima reproduzidas (item 1/20, *supra*), assim como aduz, em reconvenção, os seguintes

pleitos contrapostos: (i) requer a devolução dos valores pagos à **E** em razão de não ter sido concluída a usina conforme obrigada, nas datas pactuadas, tendo esta, no entanto, recebido a totalidade do valor global originalmente pactuado; (ii) o ressarcimento do quanto foi necessário empregar para a conclusão dos trabalhos, por força do inadimplemento da **E**, por rescisão por justa causa do Contrato; (iii) a declaração do limite máximo de aplicação da penalidade por atraso correspondente ao percentual de 20% sobre o valor global do Contrato, correspondendo ao valor original, mais aditivo; (iv) condenação da **E** na indenização pelos danos morais e materiais suportados pela **A**; (v) condenação da **E** nos ônus da sucumbência.

1/28. Levando em conta todos os fatos acima sumariados, que nos foram apresentados pela Consultante e que defluem também de documentação que nos foram presentes, fomos honrados com uma longa série de indagações que serão respondidas à medida que forem sendo aqui reproduzidas.

II. OS PRINCÍPIOS

2/1. O cerne da controvérsia reside, segundo a **A**, na natureza do Contrato firmado entre **E** e **A**. Trata-se de um ajuste complexo do tipo contratual conhecido pelo acrônimo, em inglês, de EPC (“*Engineering, Procurement and Construction Contract*”), consubstanciando um contrato de empreitada global, a preço certo e com data determinada de conclusão de uma usina térmica, chave-na-mão (“*turn-key*”), ou seja, entregue em condições de operar (Contrato, artigo 2).¹ Como toda empreitada, trata-se de um *contrato comutativo*, quer dizer, um contrato em que as prestações das partes são de antemão conhecidas e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. Nele não se exige igualdade rigorosa entre as prestações recíprocas, mas é imperioso que aproximadamente se correspondam. Por outro lado, como ambas as partes, desde o início, sabem a tarefa que será desenvolvida por uma e quanto a outra irá receber por ela, estabelece a lei que, “*salvo estipulação em contrário*”, o empreiteiro, que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, “*não*” terá direito a exigir “*acréscimo do preço*”

¹ José Emílio Nunes Pinto, “O Contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil”, *Revista Jus Vigilantibus*, acesso segunda feira, 30 de dezembro de 2002; cf. modelo de Contrato EPC proposto pela FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*), <http://www.fidic.com>.

(CC/2002, art. 619). Em princípio, portanto, a empreitada em questão era sem reajustamento.

2/2. Isso não quer dizer que na empreitada, seja qual for o tipo, não haja sempre uma margem de risco para os contratantes. Projetando os seus efeitos para o futuro, todas as relações contratuais duradouras ou sucessivas contêm uma “*álea*”, de impossível determinação *in abstracto*, pois todo contrato comporta sempre riscos para as partes, muitos deles exclusivos da operação concretamente considerada. Como acentua Mário Bessone, “*Il contratto stesso è um rischio*”, posto que o risco é elemento inerente à atividade econômica.² Mas como é corrente na doutrina italiana, a “*álea normal do contrato*” - conceito introduzido pelo art. 1467 [2] do CC/italiano - é prioritariamente determinada pelo contrato *in concreto*, fornecendo o tipo negocial apenas elementos circunstanciais para efeito de sua configuração.³

2/3. Nos contratos de empreitada, mormente naqueles contratos a preço global e fixo, em que há a aceitação de um plano prévio por parte do dono da obra, o risco contratual se acentua e se reflete no preço contratual, que, regra geral, é pactuado sem possibilidade de revisão (CC/2002, art. 619). A formação de um contrato de EPC deve, portanto, procurar antever tanto os custos quanto os riscos a que empreitada, normalmente, está sujeita e, conseqüentemente, otimizar a alocação de ambos no processo de definição consensual do preço. Mas é curial que essa regra comporta exceções, relativos aos riscos que extravasam a *álea contratual normal*, que ocorrem quando dizem respeito a eventos (i) que sejam comprovadamente alheios à vontade do empreiteiro, de acordo com os princípios de força maior e caso fortuito (CC/2002, artigos 625, I, c/c artigo 393, § único), ou (ii) que se enquadrem nas hipóteses de imprevisibilidade e onerosidade excessiva, elevadas a categorias legais pelos artigos 317 e 478 do CC/2002, inclusive na sua versão aplicada à empreitada (CC/2002, artigo 625, II).

2/4. Em escólio ao artigo 625, II, do CC/2002, que admite que o empreiteiro, em empreitada a preço fixo, “*suspenda a obra*”, quando, no decorrer dos serviços, se manifestem dificuldades imprevisíveis na execução, Fátima Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi observam que essa regra é expressão do *princípio do equilíbrio econômico* que deve prevalecer na maior parte dos contratos.⁴ E Ruy Rosado de

² Mario Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milão, Giuffrè, 1975, p. 4.

³ Agostino Gambino, “Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell’alea normale del contratto” in *Rivista del diritto commerciale*, n. 58, p. 448, 1960.

⁴ Fátima Nancy Andrichi e outros, *Comentários ao novo Código Civil*, Forense, 2008, v. IX, p. 347.

Aguiar Júnior acrescenta em comentário ao mesmo artigo que o dispositivo em referência permite que o empreiteiro, nas aludidas circunstâncias, suste a obra e possa ir a juízo pleitear a resolução do contrato, na via autorizada pelo artigo 478 do CC/2002. Ou a revisão das cláusulas contratuais, já que quem pode o mais, pode o menos.⁵

2/5. Em suma, seja qual for o tipo de empreitada, com ou sem reajustamento, é pressuposto que, no curso da execução da obra, deverá ser mantido o equilíbrio econômico entre as prestações recíprocas, sem o qual o contrato, de matriz comutativa, se desfigura, convertendo-se em *negócio aleatório*, com incerteza em relação à verdadeira extensão das prestações. Pois é no contrato aleatório que a contraprestação tem a chance de ser desproporcional ao valor da prestação, seja em relação às duas partes, seja apenas a uma delas (CC/2002, artigo 458 *usque* 461). Assim, na empreitada sem reajustamento, vedada a exigência de “*acréscimo no preço*”, caberia ao empreiteiro uma álea ilimitada, não fosse sua submissão ao princípio geral do equilíbrio econômico do contrato, que constitui um dos dogmas nucleares do direito contratual atual.

2/6. Na doutrina clássica, o contrato sempre seria “*justo*”, na medida em que, sendo querido pelas partes, resultaria de uma livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, de onde lícito seria presumir o equilíbrio das prestações. Sendo justo o contrato e presumido o equilíbrio, seguia-se que aos contratantes deveria ser reconhecida ampla autonomia de vontade, limitada tão-somente por considerações de ordem pública e pelos bons costumes.

2/7. Em torno dessa “*autonomia de vontade*”, fixaram-se, então, os três princípios informativos do direito contratual: (i) o princípio da “*liberdade de contratar*”, entendendo-se como tal a aptidão dos contratantes de auto-regulamentar os seus interesses, estipulando o que lhes aprouver, dentro dos limites da lei; (ii) o princípio da “*intangibilidade do conteúdo*”, pelos quais o contrato, uma vez firmado, adquire força de lei entre as partes, só podendo ser alterado em sua substância por novo encontro de vontades; e (iii) o princípio da “*relatividade do contrato*”, segundo o qual os efeitos do mesmo se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando, nem prejudicando terceiros.

2/8. A esses três princípios tradicionais, que gravitam em torno do conceito de autonomia de vontade, foram acrescentados três outros, que, sem os eliminarem, vieram amoldá-los às novas demandas. Operou-se uma mudança de

⁵ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, Forense, 2011, v. VI, p. 324.

paradigmas, fazendo emergir (i) o princípio da “*função social*” do contrato, (ii) o princípio da “*boa-fé objetiva*” e (iii) o princípio do “*equilíbrio econômico*” do contrato. O Código Civil de 2002 deu guarida, explícita ou implicitamente, a esses novos princípios. Explicitamente, no caso da função social do contrato, através do artigo 421, e da boa-fé objetiva, através do artigo 422, combinado com os artigos 113 e 187. No que tange ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, embora não tenha sido exteriorizado em um dispositivo individualizado, manifestou-se como elemento informativo dos institutos do “*estado de perigo*” (art. 156), da “*lesão*” (art. 157), da “*onerosidade excessiva*” (art. 478 *usq.* 480) e do “*enriquecimento sem causa*” (art. 884 *usq.* 886).⁶

2/9. A autonomia de vontade já tinha, na teoria contratual clássica, como pressuposto lógico, a “*paridade dos contratantes*”, visto que só haveria falar em liberdade de contratar e imprimir força obrigatória ao ajuste quando uma das partes não se visse na contingência de simplesmente se submeter à vontade exclusiva da outra, pois, caso contrário, a sua autonomia de vontade seria apenas formal. Para que o contrato fosse livremente concluído e executado, força seria que o mesmo resultasse de um encontro de vontades, de partes que se mantivessem dentro de certo nível de paridade, ou seja, providas de iguais *poderes negociais*. E é aqui que entra o “*princípio do equilíbrio econômico do contrato*”. Esse princípio visa a impedir que as prestações contratuais expressem, seja na sua conclusão seja na sua execução, um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contraentes. Ou, em outras palavras, que se desconsidere o “*senalagma contratual*”, encarado em seu perfil funcional.

2/10. Ora, como se depreende dos fatos narrados, é evidentemente que não se observou, seja na celebração do Contrato, seja na sua execução, esse equilíbrio funcional entre **A** e **E**, a que se alude. Primeiramente, cumpre recordar que a celebração do Contrato entre **A** e **E** foi precedida pela tentativa de contratação de outra empresa, **TT**, sendo certo que o processo de substituição “*real*” da mesma, pela **E**, consumiu meses, atropelado ainda pela mudança dos fornecedores dos motores e transformadores da usina. Reduzido, por fim, o “*compromisso*” entre as partes a um documento escrito, objeto da correspondência da **E** de 15 de agosto de 2011, somente em 2 de outubro de 2011 a **A** formalizaria a licitação privada, prevendo o início da obra para 7 de janeiro de 2012. Por

⁶ Cf. Antônio Junqueira de Azevedo, “Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamento do Mercado”, in *Revista dos Tribunais* 750/115.

seu turno, o Contrato da **A** com a **E**, vencedora do certame, só seria firmado em 15 de fevereiro de 2012, com data apazada para a entrega da usina em 30 de novembro de 2012.

2/11. Sendo o prazo de entrega da usina, portanto, extremamente exíguo, e prevendo a licitação um cronograma com início das obras no máximo em 7 de janeiro de 2012, a **A** se dispôs a disponibilizar substancial recursos financeiros (20% do preço original) para que a **E** desse início imediato às obras, vale dizer, em 15 de dezembro de 2011, mesmo antes de firmado o Contrato, o que somente ocorreria em 15 de fevereiro de 2012. Ao acelerar o início das obras antes da formalização do Contrato, a fim de cumprir o cronograma, adiantando os recursos à empreiteira, lícito é inferir que se firmou entre as partes um *consenso tácito* no sentido de que – dada a premência do tempo para a formulação do orçamento e para a realocação dos riscos de acordo com o prazo exíguo – ambas se dispunham a implementar todos os ajustes que se fizessem necessários para a execução em tempo das obras contratadas.

2/12. Tanto é verdade que, logo que apareceram os primeiros sinais de que a falta de reexame da avença afetaria a execução das obras, as partes se movimentaram no sentido de lograr uma composição, atestando a **A**, ao firmar com a **E** o Aditivo que majorava com um acréscimo de quase 1/3 (um terço) do preço original do Contrato, que a **E** agira sempre de boa-fé, mesmo diante dos infortúnios com os quais se deparava. Ao mesmo tempo em que reconhecia, implicitamente, o desequilíbrio econômico intrínseco da avença, passando o valor contratado, originalmente “*fixo e global*” de R\$ 80.000.000,00, para R\$ 105.000.000,00.

2/13. Esse desequilíbrio econômico do Contrato ainda mais se acentuaria com a superveniência de fatos e dificuldades imprevisíveis no curso de sua execução, que subverteram as bases do negócio originalmente pactuadas. A própria **A**, aliás, corroboraria esse entendimento ao cobrar, em sede de reconvenção, a vultosa quantia de R\$ 116.798.223,65 (inicialmente estimada em R\$ 57.602.549,28) a título de supostos custos adicionais que teria incorrido quando, rescindido o Contrato e já à testa da empreitada, dera remate ao restante da obra (14% a 20%) – cifra esta que corresponde ao dobro do *valor total* do Contrato original.

2/14. Ao empolgar a gestão das obras de construção da usina e tolher o epcista de cumprir as suas obrigações para a entrega da obra, quando esta já se avizinhava da sua finalização, negando-se a responder pelo aumento dos custos decorrente de fatos extraordinários e de dificuldades imprevisíveis, resta evidente que a **A** *abusou* do seu *poder negocial*. Com isso provocou uma *mutação na natureza* do Contrato, pois confinou

todo o risco do negócio, nele incidente, como de exclusiva responsabilidade da empreiteira, emprestando, assim, caráter aleatório a um ajuste que se requer seja essencialmente comutativo.⁷

2/15. À vista dessas observações, vejamos os quesitos formulados pela Consulente, respondendo-os à medida que forem sendo reproduzidos.

III. QUESITOS

1º) O contrato de engenharia, suprimento e construção em questão (“Contrato”) pressupõe ser uma avença comutativa. Essa comutatividade foi afetada pelo fato de a negociação do instrumento contratual e sua assinatura ter ocorrido cerca de 4 (quatro) meses após o fim da concorrência privada, durante as quais as partes alteraram o projeto, mas não modificaram o preço e nem o cronograma para a conclusão da obra?

3/1. Nos contratos comutativos, a relação entre vantagem e sacrifício entre as partes é subjetivamente equivalente, havendo sempre certeza quanto às prestações. Quer dizer, ambas são certas e se compensam (CC/2002, art. 441 e seguintes.). Na ideia de comutatividade está implícita, portanto, a de equivalência das prestações, de antemão conhecidas das partes, cada parte só consentindo num sacrifício se aquilo que obtém em troca for do mesmo porte. Quer dizer, as partes comutam vantagens, guardando entre si um nível razoável de igualdade de valores. E nessa composição de sacrifícios e vantagens mútuas, a equivalência das prestações é determinada em função do volume relativo das prestações recíprocas e do prazo para executá-las.⁸

3/2. No caso em exame, o prazo para a entrega da obra de Camaçari era extremamente exíguo, em se considerando que se cogitava da construção e da entrega de uma usina termoelétrica em condições de operar em 9 (nove) meses, a contar da data da assinatura do Contrato. Esse instrumento foi firmado em 15 de fevereiro de 2012 e a data para a entrega da usina em condições de operar findava em 30 de novembro de 2012. É

⁷ Na vigência do CC/1916 houve quem sustentasse que a empreitada seria, acessoriamente, um contrato aleatório (como E.V. de Miranda Carvalho, *Contrato de Empreitadas*, Rio, Freitas Bastos, 1953, p. 8), no que era por outros contestado (Almeida Paiva, *Aspectos do Contrato de Empreitada*, Rio, Forense, 1955, p. 21).

⁸ Domenico Rubino, *L'Appalto*, 2ª edição, Turim, 1951, PP. 129/132; Orlando Gomes, *Contratos*, Forense, 4ª edição, 1973. P. 333.

verdade que as primeiras tratativas entre as partes remontam aos primeiros meses de 2011 e tiveram alinhamento final em 15 de agosto de 2011, depois de várias etapas, já narradas, quando o resultado final foi reduzido a escrito em um compromisso informal. Em 2 de outubro de 2011, a **A** formalizou a licitação privada, sagrando-se a **E** vencedora Contratos do certame. Somente 4 (quatro) meses depois, ou seja, em 15 de fevereiro de 2012 é que seria, por fim, celebrado o Contrato.

3/3. Ao longo desse intervalo que permeia a abertura dos resultados da licitação e a assinatura do Contrato, foram introduzidas significativas alterações no projeto, sem que essas alterações tenham se refletido em majoração do preço e em mudança do cronograma de forma compatível com a realidade dos fatos, comprometendo, assim, a comutatividade originalmente buscada pelo Contrato.

3/4. Advirta-se que as modificações introduzidas não pararam aí: uma vez assinado o Contrato, a **A** decidiu promover uma mudança no projeto básico do empreendimento, com a finalidade de operar a adequação da obra ao novo *lay-out*, de forma a propiciar melhores condições de acesso à usina para os caminhões. Ao lado disso, obras complementares foram adicionadas para permitir maior estocagem de combustível. Não obstante preveja o Contrato a introdução de alterações desse naipe por parte da **A** (cláusula 9), é intuitivo que o “*equilíbrio do negócio*”, entendido como a equivalência entre prestações e contraprestações das partes, foi severamente afetado, agravando-se a posição da **E**.

3/5. Por outro lado, o fato de a **E** ter concordado com a introdução de tais alterações quando da assinatura do Contrato não elimina a existência de desequilíbrio econômico na avença, tanto que, meses depois, as partes celebrariam Aditivo, majorando o preço “*fixo e global*”, originalmente pactuado, em cerca de um terço do valor contratado, passando de R\$ 80.000.000,00 para R\$ 105.000.000,00, embora sem alteração da data prevista para a conclusão da obra. A comutatividade fora, portanto, abalada e é indiscutível que através desse Aditivo se procurava simplesmente restaurá-la.

2º) A realização de serviços preliminares antes da assinatura do Contrato, inclusive com o pagamento de adiantamentos pela Contratante, implica que o cronograma deve ter efeitos retroativos a outubro de 2011, inclusive para responsabilizar a parte Contratante pelo não cumprimento de marcos contratuais? As modificações de projeto solicitadas pela Contratante entre outubro

de 2011 e março de 2013 impõem que esta assumo o ônus desse atraso?

3/6. Uma vez firmado, todo e qualquer contrato passa a produzir efeitos obrigacionais a contar do momento do consentimento (*ex nunc*), podendo, porém, por vontade das partes, retrotrair, abrangendo relações passadas, concernentes a um período pretérito (*ex tunc*).⁹ O Contrato, celebrado entre a **E** e a **A**, se filia à primeira categoria, inscrevendo-se na modalidade dos contratos de duração, cuja execução diferida e continuada tinha o seu termo inicial com a assinatura do instrumento contratual em 15 de fevereiro de 2012 e termo final com a entrega da obra, em 30 de novembro de 2012, em conformidade com cronograma de trabalho anexo ao contrato (Anexo C). Gerava, portanto, efeitos para o futuro.

3/7. É verdade que no próprio corpo do Contrato, embora firmado em 15 de fevereiro de 2012, a empreiteira reconheceu, em cláusula expressa (cláusula 6.2, item “i”), haver recebido, em 15 de dezembro de 2011 e 15 de janeiro de 2012, respectivamente 5% (cinco por cento) e 15% (quinze por cento) do preço contratual. Não obstante esses pagamentos *antecipados*, não há nenhuma cláusula dando efeito retroativo às obrigações decorrentes do Contrato, de sorte que as mesmas só passaram a ser vinculantes e coercíveis após a sua celebração, sempre dentro do cronograma anexo ao instrumento contratual.

3/8. Quer dizer, embora possa ter havido a prestação de serviços anteriores (o que, em parte, explicaria os referidos pagamentos adiantados), o marco inicial da empreitada era indubitavelmente a data da assinatura que selou o negócio, gerando obrigações de parte a parte, a serem futuramente cumpridas. Vale aqui o significado semântico (*ex-sequor*) da expressão, podendo dizer-se que a “*execução*” do contrato sempre se traduz numa projeção futura dos seus efeitos, ou seja, “*qualcosa che segue, che vien dopo*”, como diz Giaquinto.¹⁰

3/9. Assim, a eventual realização de serviços preliminares por parte da **E**, antes da assinatura do Contrato, inclusive com o pagamento de adiantamentos do preço desses serviços pela **A**, não implica que o cronograma para a construção da usina deva ter efeitos retroativos. Mormente quando esses efeitos tenham por objetivo responsabilizar a empreiteira pelo não cumprimento de marcos contratuais ajustados para mensurar o avanço

⁹ Darcy Bessone de Oliveira Andrade, *Do Contrato*, Forense, 1960, p. 220; Adolfo de Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, 1967, p. 242 ss.

¹⁰ Obra citada, p. 3.

físico da obra ao longo do processo de execução do Contrato, que inicia com o consentimento.

3/10. Por outro lado, se entre outubro de 2011, antes da assinatura do Contrato, e, dezembro de 2012, quando, já assinado o Contrato, as partes negociavam o segundo aditivo, até com mudança do cronograma, impunha-se que **A** assumisse o ônus dos atrasos decorrentes das alterações por ela propugnadas. Assim, podemos responder à segunda parte do presente quesito, dizendo que os encargos ligados às alterações introduzidas no projeto original por determinação da comitente, entre outubro de 2011 (quando a **E** se sagrou vencedora do certame licitatório), e 15 de dezembro de 2012 (quando a **A** assumiu a obra), devem correr exclusivamente por conta da dona da obra. Até porque, em sendo a esta imputáveis os atrasos provocados pelas modificações no plano original, haveria, à época, *justa causa* para a empreiteira “*suspender*” a execução dos serviços (arts. 476 e 625, I, do CC/2002).

3º) A assunção de obrigação pela Contratante perante a autoridade governamental de iniciar a operação comercial da Usina em determinado prazo impede que o Contrato sofra alterações que importem na modificação da data para a entrega da Usina após a data prevista perante o órgão regulador para início da operação comercial? A recusa da Contratante em estender o Prazo nesse contexto constitui abuso de sua posição contratual?

3/11. Em 18 de abril de 2011, a Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”) expediu a Portaria 63, autorizando a **A** a estabelecer-se como produtora independente de energia elétrica, prevendo um cronograma de implantação de uma usina termoelétrica em Camaçari, Bahia, iniciando as obras “*até 7 de janeiro de 2012*”, e devendo a mesma entrar em operação comercial “*em janeiro de 2013*”. Em 15 de fevereiro de 2012, a **A** celebrou com a **E** o Contrato EPC, assumindo a empreiteira a obrigação de executar os trabalhos de construção da usina, de forma a entregá-la concluída, pronta para operar, “*até a data assegurada de conclusão*” - ou seja, “*até 30/11/2012*” (cláusulas 1, verbetes, 3.1 e 5.1).

3/12. Tendo em vista a extrema exiguidade dos prazos estabelecidos pela ANEEL para a empresa autorizada tanto para dar início às obras da construção da usina, como para a sua conclusão e entrada em operação, compreende-se porque as partes

acederam em celebrar o Contrato em 15 de fevereiro de 2012, antecipando o pagamento ao empreiteiro de 20% do futuro preço contratual, em duas parcelas, em 15 de dezembro de 2011 e em 15 de janeiro de 2012. Compreende-se também porque, logo depois, passariam elas a negociar a introdução de alteração do projeto básico do empreendimento, para adequação do *lay-out* às estruturas que comporiam a futura usina. Com essas medidas, imprimia-se velocidade às obras.

3/13. Daí porque, à vista desses acontecimentos, a **E** encaminhou à **A**, em agosto e setembro de 2012, propostas técnicas, objetivando promover a adequação do preço contratual, a qual só viria a ser materializada em 9 de outubro de 2012, com a celebração de um aditivo contratual que contemplava um acréscimo superlativo, da ordem de 1/3 (um terço) do preço, sem que se promovesse, porém, a alteração do prazo para a conclusão da obra. Ocorre, porém, que já em novembro de 2012 as partes passariam a discutir a redação de um *segundo* aditivo, com novas modificações no projeto, dando prioridade à alteração do cronograma original. Nessa altura, mais de 80% da obra já estava concluído - ocasião em que a **A** manifestou interesse em assumi-la, promovendo a rescisão do Contrato.

3/14. Dentro desse contexto é formulada a pergunta acima reproduzida: a assunção pela **A** perante a autoridade reguladora da obrigação de dar início à operação comercial da usina em determinada data impediria (indaga-se) que o Contrato, por ela firmado com a **E**, sofresse modificações que importassem em alteração da data de conclusão da obra, postergando-a para data posterior ao termo acertado junto ao órgão governamental para a entrada em operação comercial da usina? Ora, embora a construção e a operação da usina dependam de autorização da ANEEL, essa autorização não consubstancia nem *pressuposto*, nem *elemento constitutivo* do Contrato, formando-lhe a estrutura e fornecendo-lhe a substância.¹¹

3/15. Com efeito, a ANEEL é pessoa estranha ao Contrato EPC, tendo em vista o princípio da *relatividade das convenções*, segundo o qual os efeitos dos contratos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros. Para a ANEEL, o contrato de construção da usina é *res inter alios acta*, visto que, como ato de autonomia privada, ele não pode atingir senão as esferas jurídicas das partes contratantes, comitente e empreiteira. Por conseqüência, a recusa da **A** em estender o prazo contratual sob o pretexto de que estaria presa a prazo mais rígido determinado pela

¹¹ Darcy Bessone de Oliveira Andrade, *Do Contrato*, ob. Citada, p. ___.

autoridade reguladora constituiria, na verdade, **abuso do seu poder negocial**, pois a determinação administrativa não poderia interferir na execução do ajuste entre a empreiteira e a empresa autorizada a fornecer energia elétrica. Não se cogita aqui de fato do príncipe.

4º) A modificação do método de aferição do cumprimento dos marcos contratuais, sem a celebração de aditamento contratual, mas acordada entre as partes mediante a contratação de Terceiro para tal tarefa, deve ser considerada válida, eficaz e irrevogável, nos termos do artigo 614, § 1º, do Código Civil, uma vez que a Contratante conferiu as medições por meio de engenheiro do proprietário e efetuou os pagamentos respectivos?

5º) À luz do que determina o artigo 614, § 2º, do Código Civil, a Contratante tem direito ao ressarcimento por eventuais vícios na obra reclamados no prazo de 30 (trinta) dias, a contar das respectivas medições? Em caso afirmativo, a quem incumbe o ônus da prova das falhas na realização das atividades? O fato de eventuais vícios terem sido suscitados apenas após a conclusão da obra constitui violação à boa-fé pela Contratante?

3/16. Versa o artigo 614 do Código Civil a hipótese de empreitada em que a fixação do preço atende ao fracionamento da obra, considerando-se as partes em que ela se divide, ou são mensuradas. Essa hipótese não é incompatível com a empreitada em que a retribuição é estipulada para a obra inteira, nem deixa de ser fixo e global o preço face ao fato de ter sido ajustado o seu pagamento de forma escalonada, desde que este seja determinado em função da obra encarada como um todo. O Contrato entre **E** e **A** é um contrato de empreitada por preço fixo e global, a ser pago, de maneira parcelada, em 11 (onze) prestações sucessivas, sendo 1 (uma) de 20% e 10 (dez) outras de 8% (oito por cento) do preço cada uma, correspondendo essas parcelas do preço aos marcos contratuais previstos no cronograma de trabalho (cláusula 6.2).

3/17. Com efeito, na cláusula 6.2, **in fine**, do Contrato, acima citada, ficou estabelecido que o dono da obra **verificaria** (cláusula 8) e **certificaria** por escrito (cláusula 10) se os eventos previstos no cronograma teriam ou não sido cumpridos pela empreiteira dentro da data de pagamento de cada uma das parcelas, reservando-se o direito de “**suspender**” os pagamentos até que fossem atingidos os marcos contratuais representativos dos avanços da obra. Assim, embora se trate de uma empreitada por preço

fixo, o pagamento deste é parcelado, em função da medição do trabalho executado (“*obra por medida*”). Daí a pertinência da incidência no caso do artigo 614 da lei civil.¹²

3/18. Lembre-se que, no curso da execução do Contrato, a **A** promoveu a contratação da SS Gerenciamento e Empreendimento (“**SS**”), com o escopo de acompanhar, na qualidade de “*engenheiro do proprietário*”, a evolução da obra, realizando a revisão de todos os trabalhos efetuados e a implantação de uma nova forma de pagamento atrelado não mais a marcos contratuais, mas sim à medição do avanço físico dos serviços. Assim, a modificação do método de aferição do cumprimento dos marcos contratuais, introduzida por iniciativa da SS, ainda que não tenha sido objeto de aditamento formal entre as partes, foi entre elas acordada mediante a contratação de uma empresa exatamente com o objetivo de exercer tal tarefa, motivo pelo qual a introdução de novo método de aferição é, para todos os efeitos, válido, eficaz e irrevogável.

3/19. Por outro lado, nos termos do disposto no §§ 1º e 2º do artigo 614 do CC/2002, se a empreitada for “*de natureza das que se determinam por medida*” (como ocorre no presente caso), prevalece a regra (i) de que, em todos os pagamentos efetuados pelo dono da obra, *se presume* que os resultados da empreitada foram adrede verificados, e (ii) de que, em todas as medições, igualmente por ele efetuadas, *se presume* que os marcos contratuais foram conferidos, exceto se, em trinta dias, a contar da medição, o dono da obra, ou quem estiver incumbido da sua fiscalização, vier a denunciar a existência de algum vício ou defeito na obra executada.

3/20. Nas duas hipóteses a presunção legal é relativa (*iuris tantum*) e se dá em prejuízo do comitente e em benefício do empreiteiro, podendo, na primeira hipótese, ser elidida pelo dono da obra mediante a prova de que, a despeito do pagamento, via de regra a título de adiantamento, não foi feita a verificação do andamento da execução dos serviços; e, na segunda hipótese, se, realizada a medição, houve a denúncia por parte do comitente, no referido prazo de trinta dias a contar da medição, da ocorrência de vícios na obra executada. Quer dizer, no primeiro caso, o pagamento implicaria a aceitação da obra pelo comitente, que se presumiria satisfeito; no segundo caso, a medição, por si só, não geraria essa presunção, entendendo-se, porém, que, transcorrido o prazo de trinta dias sem impugnação do dono da obra, seria de presumir essa aceitação. Em ambos os casos, isso significa dizer que, por força do pagamento ou da medição, o dono entendeu estar a obra a seu contento.

¹² Gustavo Tepedino et alii, *Código Civil Interpretado*, Renovar, Rio, 2006, vol. II, p. 350 ss.

3/21. Advirta-se que o prazo de trinta dias a contar da medição, para efeito da impugnação da obra, é de **natureza decadencial**, motivo pelo qual, uma vez transcorrido o lapso de tempo referido, caduca o direito do dono da obra de postular o ressarcimento por eventuais vícios ou defeitos verificados na obra executada.¹³ Ademais, cabe a ele, na impugnação, o ônus da prova das falhas de execução da obra cometidas pelo empreiteiro. Nessas condições, caso o dono da obra se mantenha inerte em relação ao defeito ou vício identificado, deixando de requerer, de forma tempestiva, a correção ao empreiteiro e se reservando para suscitá-lo somente na conclusão da obra, não só decai desse direito, como viola o princípio de boa-fé contratual a que está obrigado a guardar, seja na conclusão do contrato, como em sua execução (CC/2002, art. 422).

6º) A celebração de aditamento contratual que acresceu serviços adicionais e majorou o preço dos serviços originais, em outubro de 2012, atesta que essas hipóteses constituem força maior para fins da cláusula 18 do Contrato? A referida revisão contratual de preço impede que a Contratada pleiteie posteriormente a extensão do prazo, caso os planos de recuperação acordados com a engenharia do proprietário não surtam efeito?

3/22. Conceitua o Código Civil o caso fortuito ou a força maior como “**fato necessário**”, cujos efeitos não haveria como evitar ou impedir, motivo pelo qual o devedor não responde pelos prejuízos dele resultantes, a menos que tenha por eles expressamente se responsabilizado (CC/2002, art. 393). Para sua prova, que deve ser feita por quem a alega, exigem-se dois elementos: um objetivo - a **inevitabilidade do evento** – e o outro subjetivo – a **ausência de culpa**. Inevitabilidade traduzida na impossibilidade absoluta de superar o acontecimento, à luz das circunstâncias em que o obrigado se encontra envolvido; e ausência de culpa, porque, não podendo a dificuldade no cumprimento da obrigação ser evitada, não se caracterizaria a **culpa** do contratante.¹⁴

3/23. É dentro desse contexto que deve ser encarada a definição de força maior constante da cláusula 18.1 do Contrato de 15 de fevereiro de 2012. Para os efeitos do Contrato, foi pactuado nessa cláusula que as partes estarão liberadas da responsabilidade

¹³ Gustavo Tepedino et alii, *Código Civil Interpretado*, Renovar, vol. II, 2006, p.353.

¹⁴ Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

pela inexecução de suas obrigações contratuais quando o descumprimento defluiu de um evento de força maior, cuja ocorrência “*tenha afetado a capacidade da parte em questão de cumprir tais obrigações*”. Ou seja, quando a impossibilidade de superar o *fato irresistível* que impede o cumprimento da obrigação seja apreciada em concreto, levando em consideração as condições pessoais da parte devedora para adimpli-la.

3/24. Assim, a celebração do “*aditivo contratual*” em 9 de outubro de 2012, que acresceu serviços adicionais e majorou significativamente o preço dos serviços pactuado no Contrato de 15 de fevereiro de 2012, comprova que tais aditamentos, se não fossem acertados como o foram, constituiriam fatos irresistíveis que liberariam a empreiteira do cumprimento de suas obrigações contratuais, na sua versão original, pois estas, “*comprovadamente*”, superavam a capacidade da empreiteira de adimpli-las. Por outro lado, como o escopo desse aditamento era declaradamente restaurar o “*equilíbrio econômico-financeiro do Contrato*”, a referida revisão consensual do preço não impediria que a empreiteira viesse a pleitear posteriormente a extensão do prazo para a entrega da obra, como de fato o faria ao postular um segundo aditivo, tendo em vista que os planos de recuperação acordados com a engenharia do proprietário não surtiram os efeitos almejados.

7º) A proibição de alteração do Preço contida nas cláusulas 6.3(b), 6.3(c) e 6.4 do Contrato deve ser conciliada com a possibilidade de alteração do Preço por Força Maior prevista na cláusula 18 da referida avença? No caso de incompatibilidade de tais cláusulas, a vedação ao enriquecimento sem causa faz com que prevaleça a cláusula 18 em detrimento das cláusulas 6.3(b), 6.3(c) e 6.4?

3/25. Tendo em vista que o Contrato diz respeito a uma empreitada por preço fixo e global (“*turn-key*”), as partes contratantes “*reconheceram*” nas cláusulas 6.3 e 6.4 que o preço estipulado para os serviços abrangeria “*todos os custos e despesas*” em que a empreiteira viesse a incorrer no curso da execução dos serviços (6.3, item “a”), suportando inclusive os custos e despesas “*que porventura ultrapassassem*” a cifra fixa estabelecida (6.3, item “b”). Nesse sentido, ficou certo e convencionado que não haveria “*nenhuma alteração no preço do contrato ou nos prazos previstos*” (6.3, item “c”), seja por força do aumento no custo de equipamentos e mão de obra, seja em virtude do aumento nos custos diretos e indiretos incorridos pela empreiteira para honrar as suas

obrigações, seja ainda, por decorrência de condições climáticas que viessem interferir nos serviços prestados (6.4).

3/26. É claro que a natureza fixa e global do preço do contrato e a consequente proibição de alteração do preço contratual, contida nas cláusulas 6.3(a),(b) e (c) e 6.4, acima citadas, devem ser entendidas em combinação com a possibilidade de ocorrer modificação desse mesmo preço em decorrência de evento de força maior, tal como essa expressão é conceituada na cláusula 18 do Contrato. Em havendo conflito entre tais dispositivos contratuais, a vedação ao *enriquecimento sem causa*, que na lei civil figura como princípio geral ao lado dos negócios jurídicos (CC/2002, art. 884), fará com que a cláusula de força maior se sobreponha às cláusulas contratuais citadas que tolheriam as alterações no preço da empreitada, a fim de que se preserve o equilíbrio econômico-financeiro da avença.¹⁵ O contrato deve ser encarado como um todo orgânico, cujo conteúdo, posto que integrado por várias peças, configura-se como uma unidade, e as cláusulas devem ser ligadas umas às outras, numa interpretação sistemática.

3/27. Na realidade, ao longo do CC/2002, o princípio do equilíbrio contratual é consagrado seja através de normas gerais que maculam com anulabilidade os negócios jurídicos atingidos por lesão (art. 157), resolvendo ou reajustando os contratos em que se evidencia onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 *usq.* 480), seja através também de normas específicas relativas à revisão do preço na empreitada (arts. 619, 620 625, I e II).

8º) *A exigência contida na cláusula 9.7.2 do Contrato de que a Contratada permanecerá responsável pela execução dos trabalhos enquanto as partes não chegarem a um acordo sobre eventual Pedido de Alteração e seus impactos no Cronograma de Trabalho e no Preço torna abusiva a rescisão da avença por iniciativa da Contratante enquanto ainda não estava encerrada a negociação sobre o pedido de alteração?*

9º) *A proposta de reprogramação do Cronograma contratual apresentada pela Contratada e negociada de boa-fé com a Contratante impede que esta última se valha da faculdade prevista*

¹⁵ Cf. Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem Causa*, São Paulo, Saraiva, 2004.

na cláusula 17.1(vii) do Contrato para assumir a obra dez dias após o prazo fixado originalmente para entrega da Usina?

10º) O fato de a Contratante ter despendido o equivalente a 200% do preço original para concluir a Usina após a rescisão da avença e ter demorado mais dezessete meses para executar o restante dos Trabalhos aponta que a condução da obra após a rescisão não se pautou pelo parâmetro de eficiência estabelecido na avença em questão? A Contratada deve suportar os custos adicionais que tenham sido influenciados por tal ineficiência?

3/28. Dispõe a cláusula 9.7 que, caso a **E** conclua que a ocorrência de determinado evento, com características de força maior, poderá comprometer o prosseguimento do projeto, poderá ela formular um pedido de alteração do instrumento contratual, com o objetivo de modificar o preço e a data de conclusão das obras. Para atingir esses objetivos, deverá descrever detalhadamente o fato, fazendo uma estimativa dos impactos do mesmo no preço contratual e na data de entrega da obra. Nesse sentido, estabelece a cláusula 9.7.1 que, ao receber o pedido, caberá à **A** entrar em tratativas com a empreiteira, formalizando um **termo aditivo**. Acrescenta a cláusula 9.7.2 que, caso as partes não cheguem a um acordo no prazo em tela, deverá a empreiteira permanecer à testa dos trabalhos, responsável pela obra.

3/29. À vista desses dispositivos contratuais, lícito é concluir que deverá ser considerada **abusiva a rescisão unilateral** da avença por iniciativa da comitente enquanto as partes não deem por encerrada a negociação a respeito da matéria. A simples leitura da cláusula contratual conduz a essa interpretação. Em síntese, não cabe rompimento unilateral sem que haja motivo relevante, decorrendo tal afirmação da bilateralidade e da comutatividade, características do contrato de empreitada que implicam obrigações recíprocas e sinalagmáticas, sendo a prestação de um contratante a causa da prestação do outro.

3/30. Por via de consequência, cumpre concluir que a proposta de reprogramação do cronograma contratual, apresentada pela **E** e negociada de boa-fé com a **A**, impediria que esta última se valesse da faculdade que lhe era outorgada pela cláusula 17.1.(vii) do Contrato, rescindindo-o e assumindo a obra. Na realidade, esse permissivo dizia que a **A** poderia rescindir o Contrato, caso a **E** descumprisse qualquer “**obrigação substancial**” nele prevista, e caso esse descumprimento não fosse sanado no prazo de 15

(quinze) dias contados da data de notificação a ser enviada pela **A**, ou dentro de qualquer outro prazo negociado pelas partes de boa-fé. Na hipótese, esse descumprimento não ocorreu.

3/31. Por fim, dispõe a cláusula 17.5.5 do Contrato que em caso de rescisão por inadimplemento por parte da empreiteira, a **A** “*terá o direito de concluir (ou fazer que sejam concluídos) os Trabalhos*”, ficando ainda “*com o direito de receber da Contratada os custos efetivamente incorridos pela Contratante na conclusão dos Trabalhos*”. Se o total dos custos incorridos pela Contratante na conclusão dos trabalhos superar o saldo do preço contratual em aberto, a Contratada será obrigada a pagar à Contratante a diferença entre o saldo a receber e o total dos custos incorridos. *In casu*, levando em conta que a Contratante (**A**) alega ter despendido o equivalente a 200% do preço original para concluir a usina após a rescisão da avença, consumindo mais de dezessete meses para executar o remanescente da obra, tudo aponta no sentido de que a condução da obra, por ela feita após a rescisão, não se pautou propriamente pelo parâmetro de eficiência estabelecido na avença. É óbvio que a **E** não deve suportar os custos adicionais que tenham sido introduzidos por tão grande ineficiência.

11º) A expressão “desde que tais custos sejam atribuíveis diretamente à rescisão por evento de inadimplemento da Contratada”, incluída na cláusula 17.5.5 da avença, exclui a responsabilidade da Contratada por eventuais custos adicionais incorridos pela Contratante em condições daquelas estabelecidas no Contrato?

3/32. A cláusula 17.1 do Contrato estabelecia, como se observou, que a **A**, dona da obra, poderia rescindir a avença em várias circunstâncias, dentre as quais na hipótese de a **E**, como empreiteira da obra, descumprir “*obrigações substanciais*” do Contrato, nem sanar o inadimplemento em prazo oportuno negociado entre as partes (item “vii”). Nesse caso, ficou ajustado que a **A** poderia concluir a obra, reservando o direito de receber da **E** os “*custos adicionais efetivamente incorridos*” – e “desde que tais custos sejam relacionados “*diretamente*” com a rescisão provocada por inadimplemento da empreiteira.

3/33. É o que expressamente está previsto na cláusula 17.5.5 do Contrato, fazendo referência à “*rescisão por Evento de Inadimplemento da Contratada*”,

entendendo como “*Evento de Inadimplemento da Contratada*”, consoante dispõe a cláusula 17.1(vii), “*qualquer outra obrigação substancial do presente Contratada não sanada*”. O que equivale a dizer que a cláusula em pauta exonera a **E** por “*custos adicionais*” incorridos pela **A** em decorrência de condições distintas daquelas constantes do Contrato.

12º) A cláusula 16.5 do Contrato pode ser considerada uma cláusula válida de não-indenizar danos indiretos e lucros cessantes? Em caso afirmativo, essa limitação de responsabilidade seria aplicável à rescisão por evento de inadimplemento da Contratada definida na cláusula 17.5.5 da referida avença?

3/34. Pela cláusula 16 do Contrato, ficou estabelecido que à empreiteira (**E**) compete “*indenizar e manter indene*” a dona da obra (**A**), e que esta, vice-versa, deverá indenizar e manter indene a empreiteira, com relação a danos que, na execução da empreitada, uma venha a provocar na outra. Ficou, porém, ressalvado, no item 16.5, que “*as partes não serão responsáveis, uma com relação outra, por quaisquer danos indiretos ou lucros cessantes, que venham a sofrer*”.

3/35. Cláusulas desse naipe - destinadas a afastar a responsabilidade das partes contratantes com relação à inexecução de obrigações contratualmente assumidas - são válidas em nosso Direito,¹⁶ desde que o seu campo de incidência se restrinja ao chamado ilícito contratual e desde que não se caracterize no ato danoso dolo ou culpa grave. No caso do Contrato entre **E** e **A**, essa exoneração convencional da obrigação de indenizar diz respeito, portanto, aos lucros cessantes e aos danos indiretos, entendidos aqueles como ganhos frustrados, e estes, como prejuízos sofridos como consequência remota.

3/36. Na cláusula 17.5.5, ficou ajustado que, em caso de rescisão do Contrato por inadimplemento por parte da **E**, a **A** teria o direito de assumir a gestão das obras, recebendo da empresa inadimplente os custos adicionais efetivamente incorridos pela dona da obra na conclusão dos trabalhos, desde que tais custos se refiram “*diretamente*” à rescisão por inadimplência da empreiteira. Tais custos adicionais,

¹⁶ José de Aguiar Dias, *Cláusula de não indenizar*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Atlas, 7ª edição, p. 497 ss.

provocados em ricochete, configuram danos materiais reflexos, ou seja, indiretos, e estão também cobertos pela exoneração da responsabilidade convencionada na cláusula 16.5, *in fine*. Ou seja, são danos que não decorrem senão remotamente da conduta empreiteira, não havendo um nexo de causalidade direta e imediata que, de acordo com a lei (CC art. 403), determinaria a responsabilidade contratual da **E**.

S.M.J.

São Paulo, 29 de agosto de 2014

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

- [Medida Provisória nº 936/2020: Instituição do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda](#)
- [CLT Organizada – Consolidação das Leis do Trabalho: confira os destaques da 5ª edição!](#)
- [Conheça o NOVO VADE MECUM MÉTODO 2020!](#)
> [Ver mais Legislação](#)

- [Notícias](#)



- [Autores contam como foi a experiência de escrever o livro Controle de convencionalidade do Ministério Público](#)
- [Homenagem à Jacob Dolinger: referência em Direito Internacional](#)
- [Soraia da Rosa Mendes participa do quadro 'Saber Direito Profissão' na TV Justiça](#)
- [José Fernando Simão participa do Jornal da Record News e tira-dúvidas sobre Direito das Sucessões](#)
- [Ministro Luiz Fux apresenta panorama do Processo Civil em livros lançados no TJ do Rio](#)
- [Homenagem a todos os advogados\(as\) e estudantes da área do Direito | 11 de Agosto](#)
> [Ver mais Notícias](#)

- [Clássicos Forense](#)

> [Ver mais Clássicos Forense](#)

- [Podcast](#)



- [PGJ #030 – A nova Recuperação Judicial, com Geraldo Fonseca](#)
- [PGJ #029 – Mediação on-line: tendência ou coisa de momento?, com Fernanda Tartuce](#)
- [PGJ #028 – Segurança Digital, com Patrícia Peck Pinheiro e Marcos Sêmola](#)
- [PGJ #027 – Raízes Judaicas do Direito: Princípios Jurídicos da Lei Mosaica, com Marcus Abraham](#)
- [PGJ #026 – Unificação ou aumento de tributos? Livros e Reforma Tributária, com Hugo de Brito Machado Segundo](#)
- [PGJ #025 – Nova Lei do Agro: Novidades no Crédito Rural e no Direito do Agronegócio, com Marcus Reis](#)
> [Ver mais Podcast](#)

- [Revista Forense](#)

> [Ver mais Revista Forense](#)

[ArtigosCivil](#)

A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (suppressio)*

[0](#)

Comentários

[0](#)

likes

por [Guilherme Magalhães Martins](#)

18.out.2016

[0](#)

Coment.

[0](#)

likes

*Diante de coisa tão doída**Conservemo-nos serenos**Cada minuto de vida**Nunca é mais, é sempre menos**Relógio (Cassiano Ricardo)*

Sumário: Introdução; 1. Requisitos da suppressio; 2. A suppressio na jurisprudência nacional; 3. A suppressio e o art. 330 do Código Civil; 4. Distinção em face de outros institutos. A suppressio como modalidade de venire contra factum proprium; 5. A surrectio; 6. A função de controle da boa-fé; Conclusão.

Introdução

O direito visa assegurar expectativas, garantindo desde logo a confiança fundada nas condutas comunicativas das pessoas responsáveis, com base na própria credibilidade que estas reivindicam. [\[1\]](#)

O presente artigo visa discutir o instituto da *suppressio*, conhecido por ser a perda da exigibilidade de um direito, não exercido durante longo lapso de tempo, criando uma expectativa na outra parte em torno da inércia do titular.

Tal figura, portanto, funda-se no valor confiança, visto que, em certos casos, o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante certo lapso por seu titular, desde que tal inércia tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado.

A denominação *suppressio* é usada sobretudo pelo civilista português Antônio Menezes Cordeiro[2], que a define como “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.

O instituto, denominado pelos juristas alemães *Verwirkung*[3], tem como efeito a paralisação do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza[4], cuja consagração dogmática definitiva se deve sobretudo às perturbações econômicas causadas pela primeira grande guerra e pela inflação. Isso se justificou especialmente em situações em que o exercício retardado de alguns direitos levou a um inadmissível desequilíbrio entre as partes, tendo em vista alterações imprevisíveis nos preços de determinadas mercadorias ou dificuldades acrescidas na realização de contratos de fornecimento.[5]

O titular do direito ou situação subjetiva seria, portanto, impedido de fazer valer um direito após ter injustificadamente retardado o seu exercício, suscitando na outra parte a expectativa legítima de que se manteria inerte.[6]

A *suppressio*, portanto, pressupõe o exercício surpreendente de uma posição jurídica cujo abandono o titular já tornara aparente, permitindo o surgimento de uma posição digna de tutela em favor de outrem: a *surrectio*. [7]

Logo, mesmo que determinado direito subjetivo exista, segundo as regras legais, o seu exercício é vedado e paralisado, sob pena de se atentar contra a boa-fé e lesar a confiança no tráfico jurídico.

Parte da doutrina associa a *suppressio* à ideia de neutralização de uma posição jurídica, na qual se divisa essencialmente o pensamento da proteção da confiança, derivada de um prolongado não exercício de certa situação jurídica por outrem. [8]

O foco deste trabalho se refere exclusivamente aos direitos patrimoniais, tendo em vista a tutela diferenciada das situações existenciais, baseadas na cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 3º, I, Constituição da República)[9], não sendo possível solucionar em termos de titularidade ou não de direitos subjetivos os conflitos envolvendo a proteção da personalidade.[10]

1 Requisitos da *suppressio*

O instituto em questão reside, segundo Franz Wieacker, em uma conduta prévia de inatividade, necessariamente associada a uma determinada duração no tempo.[11]

Não basta, porém, o simples decurso do tempo, devendo subsistir circunstâncias peculiares à luz das quais o exercício retardado se mostre contrário à lealdade e correção decorrentes da boa-fé objetiva[12]. Isso pode ocorrer, por exemplo, se determinado direito de crédito somente vem a ser exercido próximo ao vencimento da respectiva obrigação ou mesmo após a satisfação do credor, desde que verificados os demais requisitos de tal figura[13].

Díez-Picazo elenca três requisitos: a omissão no exercício do direito, o decurso de um período de tempo e a objetiva deslealdade e intolerabilidade do posterior exercício atrasado[14].

Segundo Menezes Cordeiro, não de ser observados os seguintes requisitos para a verificação do regime da *suppressio*: 1) Em regra, salvo raras exceções[15], todos os direitos subjetivos se lhe sujeitam, sejam individuais

ou coletivos[16], desde que transcorra um certo período de tempo sem o exercício do direito; 2) A existência de indícios objetivos de que esse direito não seria mais exercido, devendo ser ponderado o comportamento do titular, havendo, portanto, uma legítima expectativa no tocante à inatividade do credor.

Baptista Machado, de modo singular, elencou as circunstâncias que se combinam nas situações em que se operam o retardamento desleal. São elas: o titular de um direito deixa passar longo tempo sem o exercer; com base nesse decurso do tempo e com base ainda numa particular conduta do dito titular ou noutras circunstâncias, a contraparte chega à convicção justificada de que o direito já não será exercido; movida por esta confiança, essa contraparte orientou em conformidade a sua vida, tomou medidas ou adoptou programas de acção na base daquela confiança, pelo que o exercício tardio e inesperado do direito em causa lhe acarretaria agora uma desvantagem maior do que o seu exercício atempado[17].

É desnecessária, para tanto, a ocorrência de culpa ou de quaisquer elementos ditos subjetivos por parte do titular não exercente, bastando a situação objetiva criada, geradora de justificada confiança da pessoa contra quem o direito se dirigia, quanto à sua inércia. [18]

A incidência da *suppressio* não é afastada pelo fato de o credor desconhecer a existência do seu direito $\frac{3}{4}$ o que não afeta necessariamente a possibilidade de seu exercício a qualquer tempo, o que pode ou não ocorrer de forma desleal $\frac{3}{4}$, a menos que tal desconhecimento se deva à conduta deliberada do próprio devedor[19].

Porém, tal conclusão não é absoluta, eis que o conhecimento pelo titular do direito, normalmente passível de verificação pela outra parte, reforça a confiança desta, que pode reputar que o titular, em tal situação, não pretende exercer seu direito.

É certo, no tocante ao atraso desleal (“*illoyalen Verspätung*”), que o prolongamento excessivo da inércia do credor se inicia no momento em que o titular teria, pela primeira vez, a oportunidade de fazer valer seu direito[20], assumindo uma atitude inicialmente passiva.

Pode ser considerado como referência inicial para a aferição da demora ilegítima $\frac{3}{4}$ casuisticamente e de cotejo com os demais requisitos da *suppressio* $\frac{3}{4}$ o respectivo prazo prescricional ou decadencial, embora estes, sobretudo por seu caráter geral, não se confundam com a figura em estudo, marcada pela excepcionalidade. [21]

A *suppressio*, no que toca ao seu relacionamento com outros institutos, tem natureza sempre subsidiária, em se tratando de verdadeira saída extraordinária, insuscetível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução. [22]

A excepcionalidade do instituto encontra explicação no fato de que os valores que ela comporta, segundo Menezes Cordeiro, não se encontram presentes na generalidade das relações jurídicas. Ocorre exatamente o contrário: seus requisitos surgem apenas em condições especiais, afastando valores genéricos evidentes ligados à existência dos direitos devidamente constituídos, verificando-se, segundo a casuística da jurisprudência alemã, a individualização da boa-fé em função do caso concreto. [23]

A figura em exame não pode ser confundida com a renúncia tácita, a qual, para Alejandro Borda, requer, além de uma vontade negocial, a possibilidade de o renunciante demonstrar a inexistência desta declaração, o que apagaría o seu efeito extintivo, enquanto a *suppressio* se funda na boa-fé. [24]

A *suppressio*, com efeito, é uma inatividade abusiva, não correspondendo a uma declaração de vontade abdicativa, ainda que tácita, como a renúncia, além de esta necessariamente exigir o conhecimento do direito pelo seu titular, pois não se pode renunciar àquilo que não se conhece. Além disso, como visto, independe do conhecimento do direito pelo seu titular. [25].

Uma corrente doutrinária nega à *suppressio* a eficácia de paralisar a pretensão do titular: [26]

tal como no *venire*, contudo, não cabe falar-se de uma proibição de exercício (ou de um dever de não exercício) de uma posição jurídica. Dentro dos prazos de caducidade e de prescrição, cada

sujeito pode também legitimamente escolher, para quando lhe aprouver, o momento de a actuar. E igualmente se deveria reconhecer que a consequência ordinária da 'verwirkung' está na indemnização dos danos resultantes do exercício 'tardio' de uma posição e não na inibição desse exercício, devendo esta apenas ser admitida aí onde uma indemnização do dano derivado da frustração da confiança não permita uma satisfatória compensação do prejuízo.

No entanto, atribuir à função de controle da boa-fé, no instituto em questão, função meramente reparatória, não é a melhor solução, tendo em vista a importância consagrada no direito brasileiro às obrigações de fazer e não fazer, que contemplam o melhor interesse dos envolvidos, ultrapassando o velho dogma da intangibilidade da vontade humana, possibilitando a prevenção dos danos. A *suppressio*, além de paralisar a pretensão do titular, pode vir acompanhada da responsabilidade civil decorrente do retardamento desleal, tendo em vista o princípio da reparação integral (art. 944, Código Civil).

Portanto, são duas as modalidades fundamentais de sancionamento da autovinculação resultante da confiança legítima, como ensina João Baptista Machado:

a) ora em considerar relevante (ainda que como mero facto) e juridicamente exigível o conteúdo significativo da autovinculação extranegocial que engendrou a confiança;

b) ora em obrigar o responsável a indemnizar os danos causados. [27]

2 A *suppressio* na jurisprudência nacional

A importância da análise da incidência do instituto em estudo na jurisprudência pátria reside, justamente, no fato de não encontrar posituação. A tutela da confiança merece uma maior ênfase justamente nesses casos desprovidos de previsão específica no ordenamento. Desse modo, os Tribunais, tanto estaduais quanto superiores, ajudam na identificação dos seus requisitos na prática.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro resolveu interessante litígio relativo à cobrança de cotas condominiais de unidade comercial localizada no térreo de edifício constituído por lojas, subsolo, sobrelojas, pilotis, apartamentos e cinema, buscando a parte autora ver reconhecido o direito de receber as cotas condominiais relativas aos dezessete anos anteriores ao ajuizamento da demanda, as quais jamais tinham sido antes exigidas daquele estabelecimento. [28]

Não obstante a ausência de referência às lojas na convenção de condomínio, foi decisivo para a solução do caso o fato de que os antigos proprietários das lojas, bem como os réus que as adquiriram, sempre tiveram a justa e legítima expectativa de que jamais seriam cobrados pelo rateio de despesas dada a "isenção" que se protraía desde 1972, ou seja, há 41 anos. Conclui o mencionado acórdão:

Não tendo o condomínio exercido(desde 1972) o direito de cobrança de cotas das unidades comerciais que o integram, o ajuizamento da presente demanda configura comportamento contraditório violador da boa-fé objetiva e da confiança dos réus de que estariam isentos do rateio de despesas comuns. Evidente a *suppressio*, razão pela qual sequer se deve investigar a ocorrência de prescrição(...)

A verificação dos requisitos da *suppressio* foi igualmente enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE MÚTUO FIRMADO PELO USUÁRIO E A CONCESSIONÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CLÁUSULA CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO. SUPPRESSIO. JUROS. TERMO INICIAL.

A *suppressio* constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não seria exercido e (II) desequilíbrio , pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro.

Não caracteriza conduta contrária à boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição antecipada de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem proporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mútuo não só permitiu a expansão da rede elétrica de concessionário de serviço público de energia elétrica como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança de tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Ausente, portanto, desequilíbrio entre o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído pelo Apelado durante todo esse tempo-, não há (sic) falar em paralisação do direito subjetivo.

Conquanto tenha o contrato de mútuo firmado entre o usuário e a concessionária do serviço público de energia elétrica para custeio das despesas a cargo desta de implantação do fornecimento estabelecido que a quantia seria restituída sem correção monetária, tem direito o usuário de receber o montante atualizado, pena de arcar com os encargos que devem ser suportados pela concessionária e para cuja prestação é remunerada na forma do contrato de concessão”.

Tal acórdão, embora negue a verificação da *suppressio*, constitui uma das primeiras manifestações da jurisprudência pátria acerca da matéria, negando provimento a recurso de apelação interposto pela Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul/CEEE em face de sentença que a condenou a restituir, com correção monetária, quantia em dinheiro emprestada por usuário com vistas ao financiamento da implantação e expansão da rede elétrica naquele Estado.

Foi inclusive reputada abusiva cláusula constante do instrumento contratual do mútuo que estabelecia a restituição pelo valor nominal, sem correção monetária, afastando-se a sua incidência.

Em caso semelhante, também envolvendo a incidência de correção monetária, a Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o Recurso Especial 1.202.514-RS(3ª t., j.21.07.2011), aplicou a *suppressio* em ação de cobrança baseada em contrato de serviços de advocacia, prevendo o pagamento de prestações reajustáveis a cada doze meses, sem que houvesse, entre novembro de 1998 e outubro de 2004, qualquer correção no valor das prestações.

Considerou o acórdão de origem, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que , ao longo de seis anos, a sociedade de advogados autora concordou em não reajustar os seus honorários, não obstante a existência de previsão contratual expressa nesse sentido.

Concluiu a Ministra, considerando ter ocorrido uma renúncia tácita à cobrança da correção monetária, que

(...)nada impede o beneficiado de abrir mão da correção monetária, mantendo sem reajuste a contraprestação mensal, como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

Trata-se, aliás, de procedimento corriqueiro nas negociações envolvendo a renovação e/ou manutenção de contratos, tendo sido justamente esse o caso dos autos, conforme conclusão do TJ/RS no sentido de que “tudo indica que [a recorrente] manteve o valor inalterado para manter o contrato, não sendo razoável exigir tais valores apenas após a rescisão(...)

(...)Para o deslinde da presente controvérsia interessa apenas a *suppressio*, que indica a possibilidade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.

Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a sensação válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

Na hipótese dos autos, a recorrente abriu mão do reajuste anual das prestações mensais durante todos os 06 anos de vigência do contrato, despertando na recorrida, ao longo de toda a relação negocial, a justa expectativa de que a correção não seria exigida retroativamente.

Na realidade, mais do que simples renúncia ao direito de reajuste, a recorrente abdicou da correção monetária para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, com isso, a manutenção do contrato. Vê-se, pois, que não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos.

Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual(g.n.).

A *suppressio* fundamentou ainda o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no Recurso Especial n.º 214.680-SP, em situação na qual a autora, condômina, ajuizou ação cominatória em face dos réus, também condôminos, tendo em vista a indevida ocupação do *hall* de circulação dos respectivos apartamentos, infringindo a lei e a convenção, por se tratar de área de uso comum. [29] (mudar o número)

Baseou-se o aludido voto na circunstância de que, no caso em tela, os réus passaram a ocupar a parte do corredor que leva aos seus apartamentos, porque houve alteração no próprio projeto de construção do prédio, com incorporação de unidades, de tal modo que o final do corredor dos seus apartamentos praticamente perdeu a razão de ser, e o espaço que lhes correspondia transformou-se em área morta, sem qualquer utilidade para o condomínio; por esse motivo, os réus passaram a se utilizar de tal área com exclusividade, com a plena concordância dos demais condôminos, os quais ratificaram tal estado de coisas em assembleia, assim permanecendo por trinta anos.

Logo, a situação mais justa seria a manutenção do *status quo*, sendo que

para isso pode ser invocada a figura da *suppressio*, fundada na boa-fé objetiva, a inibir providências que já poderiam ter sido adotadas há anos e não o foram, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não seria mais exigido. A *suppressio* tem sido considerada com predominância como uma hipótese de exercício inadmissível do direito(...) e pode bem ser aplicada neste caso, pois houve o prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-lo: os condôminos ora réus confiaram na permanência dessa situação pelas razões já explicadas: a vantagem da autora ou do condomínio, que ela diz defender, seria nenhuma, e o prejuízo dos réus, considerável(...).”

Essa mesma decisão foi mencionada pela Ministra Nancy Andrighi na fundamentação de outro julgado do Superior Tribunal de Justiça[30]. O caso envolvia a apuração da responsabilidade de vizinho, em edifício cuja convenção previa a destinação comercial, por danos morais em razão de ruídos excessivos.

O recorrido, locatário do imóvel em que residia, alegou, na inicial, que sua vizinha, a recorrente, instalou, a fim de atender às necessidades de sua atividade comercial, no teto do edifício e logo acima de sua residência, equipamento que gerava ruído e vibrações em sua moradia. A recorrente, valendo-se da convenção condominial, afirma que o prédio tinha como finalidade, exclusivamente, o comércio.

O imóvel alugado pelo recorrido era uma quitinete situada em edifício cuja convenção de condomínio estipulava a finalidade comercial dos imóveis. Após o início do contrato, a recorrente passou a explorar a atividade no

ramo de supermercados(Big Box)e, com a autorização do condomínio, fez instalar sobre o teto do edifício equipamento que garante a refrigeração das suas câmaras frigoríficas, gerando ruído excessivo e incômodo.

Não obstante ter o condomínio mantido uma postura ambígua, por anos, quanto à real destinação do prédio, a conduta da recorrente, ao ignorar a realidade de ali também se encontrarem, de fato, imóveis residenciais, acaba por violar a boa-fé objetiva.

A *suppressio* incide quando a recorrente, sabendo da aceitação da destinação mista do edifício, tenta justificar o ruído e vibração produzidos por ela fazendo uso da regra presente na convenção condominial, a qual, desde sua origem, é tida como letra morta.[\[31\]](#)

Vale transcrever um trecho da fundamentação do acórdão:

O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao recorrido uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada naquele condomínio

Embora não tenha sido a *suppressio* aplicada expressamente àquela situação concreta, a professora Judith Martins-Costa[\[32\]](#) a associa ao caso ao comentar o Recurso Especial 401.704-PR(4ª t., j.25.08.2009, rel.Des.convocado do TJ-AP Honildo Amaral de Mello Castro), que envolveu a rescisão unilateral do contrato, sem aviso prévio, de distribuição de marca nacionalmente conhecida(Tostines), reconhecendo-se o dever de indenizar pelos danos decorrentes da longa relação contratual existente entre ambas as partes, cuja abrupta diminuição da lucratividade provoca imediatas consequências sociais e econômicas.[\[33\]](#)

Nas palavras da professora Judith Martins-Costa[\[34\]](#), relativamente ao caso acima mencionado,

(...)podem ser configuradas – e em regra configuram-se –, situações de extremada injustiça para aquele contraente que, contando com a continuidade do contrato que se desenvolvia desde muito tempo, sem termo determinado para a sua extinção, não se preparou para o desligamento, seja redirecionando os seus negócios, seja buscando outro fornecedor, ou, ainda, o que fez investimentos de monta para poder prover a execução contratual, mas vê o contrato rompido sem que tivesse corrido tempo necessário para viabilizar a possibilidade de um retorno financeiro.

A “extremada injustiça” acima aludida relaciona-se, diretamente, com as peculiaridades dos contratos duradouros dentre as quais estão, além da relação entre o tempo e o adimplemento, uma especial carga de pessoalidade e, ainda, a sua própria racionalidade econômica, só compreensível em vista da complexa trama de interesses em aliança e interesses em potencial conflito que, comumente, está a permear a sua estrutura. Essas peculiaridades aumentam a intensidade da colaboração contratualmente devida, sob pena de comprometer-se a própria consecução da finalidade contratual. Assim, o longo tempo do contrato, a especial carga de pessoalidade envolvida na relação, a necessidade de um mútuo investimento de confiança no comportamento da contraparte agregam, aos elementos nascidos das declarações negociais, ainda outros elementos, como a confiabilidade no comportamento da contraparte, a previsibilidade(ainda que relativa)acerca de suas ações, a possibilidade de uma renegociação de certas condições contratuais etc., tudo convergindo para uma intrínseca e muito intensa *necessidade de cooperação intersubjetiva*, distinta daquela exigível em contratos instantâneos, bem como naqueles em que a estrutura dos interesses contratuais é fundada na contraposição, como ocorre, por exemplo, numa compra e venda isolada.

Merecem ser ainda lembradas algumas das principais hipóteses de aplicação da *Verwirkung* consagradas pelos tribunais alemães.

Algumas dessas decisões remontam à Primeira Guerra Mundial, como verdadeiro imprevisto em relação aos institutos até então existentes [35], tendo o *Reichsgericht*, em 05 de julho de 1923, decretado, pela primeira vez, a perda do direito à correção monetária por um empreiteiro que retardara por mais de dois meses a comunicação ao seu cliente acerca da correção do preço, situação essa que correspondeu à supervalorização do marco, hipótese em que poderia ocorrer, por uma mera diferença de dias, a multiplicação do valor do débito, exigindo-se que o credor informasse o mais rapidamente o devedor acerca de sua pretensão. [36]

A *suppressio* funcionou, então, como um contrapeso à proteção conferida ao credor por meio da admissão da correção monetária, assegurando-se assim a posição do devedor, como imperativo da função de controle da boa-fé, de modo que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, sem o que atingiriam montantes com os quais o devedor não poderia contar. [37]

A *Verwirkung* foi igualmente aplicada em precedentes jurisprudenciais ligados ao desuso de marcas e patentes registradas, como ocorreu no célebre caso julgado pelo *Reichsgericht* em 19 de junho de 1925, em que o autor depositou junto ao órgão competente a marca Goldina para um complexo de produtos laticínios, dentre os quais somente veio a comercializar margarina. Ocorre que, no ano de 1896, o réu depositou a mesma marca Goldina como sinal distintivo da sua produção de cacau e chocolate, passando posteriormente, em 1918, a produzir manteiga e leite condensado, depositando a marca Goldina, que se tornara famosa em função de uma campanha publicitária promovida durante anos pelo réu.

No mesmo ano de 1921, o autor igualmente decidiu iniciar a produção de manteiga e de leite condensado, utilizando como sinal distintivo a marca Goldina, já depositada em 1906 para aqueles outros produtos; ao mesmo tempo, invocando a prioridade na inscrição da marca, propôs ação para que o réu fosse impedido de utilizá-la, tendo sido o pedido julgado improcedente pelo Tribunal alemão, que visualizou na conduta do autor uma violação dos bons costumes (§826 do BGB).

Além da circunstância de o autor não haver produzido anteriormente manteiga e leite condensado, entendeu aquela corte que a ação inibitória tinha a clara finalidade de desfrutar das vantagens resultantes da campanha publicitária promovida pela parte ré, usurpando a clientela por este obtida com a divulgação da marca. Logo, foi reputado inadmissível o exercício tardio dessa impugnação à marca. [38]

Outra hipótese passível de enquadramento na *suppressio* é a dos compromissos de compra e venda que contenham cláusula de arrependimento a qualquer tempo, sendo tal faculdade exercida pelo promitente-vendedor após o recebimento do preço, invocando o revogado art. 1088 do Código Civil de 1916 [39], situação em que ocorreria um desleal exercício atrasado do direito.

Em matéria de inquilinato, uma demora exagerada entre a notificação para o término do contrato de locação por prazo determinado (art.46, § 2º, Lei n° 8245/91) e a propositura da ação de despejo pode levar o locatário à expectativa legítima de que o locador teria desistido da denúncia. Isso pode induzir a ineficácia do aviso prévio, impondo a sua renovação, embora a lei não preveja qualquer prazo para tanto, ensejando, em nome do princípio da boa-fé objetiva, mais uma possível aplicação da *suppressio*.

3 A *suppressio* e o art. 330 do Código Civil

Vislumbra-se uma clara previsão legal da *suppressio* no art. 330 do Código Civil de 2002, em cujos termos “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”.

Tal dispositivo, ensina a professora Judith Martins-Costa, pressupõe três condições de incidência: a) a determinação, ou determinabilidade, do local do pagamento, em virtude de contrato; b) a sua alteração, por período de tempo reiterado; c) a presunção de renúncia do credor ao direito que lhe fora estabelecido no contrato. [40]

Faz-se necessário, inicialmente, que se trate de adimplemento cujo local possa ser determinado pela autonomia privada e pelos usos, permitindo-se, outrossim, a sua alteração, ficando excluídas situações relativas à tradição

de um imóvel ou a prestações relativas a imóvel, caso em que o pagamento deverá ocorrer no local da situação deste, consoante o art. 328 do Código Civil.

Em segundo lugar, a expressão “pagamento reiteradamente feito em outro local” pressupõe o decurso de um razoável lapso temporal, como condição necessária para gerar a legítima confiança. Aquele dispositivo não predetermina o tempo, mas deixa a sua determinação ao juiz, que deverá, à luz das circunstâncias do caso, ponderar o grau de confiança despertado no devedor. [41]

Em terceiro lugar, o legislador enuncia uma presunção de renúncia pelo titular do direito ou situação jurídica, a qual, como bem lembra a professora Judith Martins-Costa, mostra-se inútil e desnecessária, à luz dos outros dois elementos de incidência da regra. Bastaria o decurso de razoável lapso de tempo, o pagamento em local diverso do pactuado e a confiança depositada no beneficiário para a aplicabilidade do dispositivo em questão. [42]

Além disso, a associação da *suppressio* ao instituto da renúncia tácita constitui postulado já superado, tendo aquela gradativamente se libertado de considerações subjetivistas e roupagens negociais, em direção à sua inserção no âmbito da boa-fé objetiva. [43]

4 Distinção em face de outros institutos. A *suppressio* como modalidade de *venire contra factum proprium*.

Claus-Wilhelm Canaris [44] identifica a *exceptio doli* como uma “subcláusula geral” da boa-fé, carecida de preenchimento com valoração, dentro da qual, num âmbito residual, se situam a exceção do *dolus praeteritus* [45], a *suppressio* e o *venire contra factum proprium*. [46]

No direito romano, a *exceptio doli* impunha limitações à conduta das partes ao se admitir a possibilidade de oposição de uma exceção ao exercício doloso de uma pretensão; não se tratava de impugnar o direito, mas de paralisar a pretensão. [47]

Corresponde a *exceptio doli generalis* não a um verdadeiro dolo cometido no momento da celebração do ato jurídico sobre o qual se funda a demanda, mas a um dolo impróprio, imputável ao ator que postula uma condenação que, embora estritamente conforme o direito, termina por tornar-se iníqua. [48]

A *exceptio doli*, portanto, compreende as situações nas quais o exercício de um direito ante os tribunais infringe a boa-fé, em virtude de circunstâncias especiais, o que decorre do trabalho de sistematização efetuado no §242 do BGB, abrangendo, segundo Karl Larenz, as seguintes situações, dentre outras: o caso da parte que pretende prosseguir no exercício do direito de ação, não obstante haver prometido à outra parte dele desistir ou deixar de interpor recurso; a utilização de uma sentença objetivamente errônea, mas juridicamente válida, no caso da parte que a obteve subrepticamente, de forma ilícita. Da mesma forma, é abrangida a invocação de um defeito de forma por parte do contratante que o originou, ou cuja conduta despertou a aparência de que atenderia inexoravelmente a palavra dada, sem se sujeitar a quaisquer formalidades. [49]

Trata-se, pois, do poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por ter este incorrido em dolo, tendo a *exceptio doli* recebido diversas críticas, endossadas por Menezes Cordeiro, no sentido de corresponder a uma regulação demasiado fluida do problema para permitir uma concretização mínima. [50]

Portanto, a incerteza própria da *exceptio doli*, cujo conceito fugidio a levou ao desuso, não se mostra presente na *suppressio*, tendo em vista a progressiva tipificação $\frac{3}{4}$ sobretudo pela jurisprudência germânica $\frac{3}{4}$ de suas estritas hipóteses de aplicação. A *exceptio doli*, como observa Franz Wieacker, congrega uma concepção um tanto antiquada da exceção de inadmissibilidade do exercício do direito. [51]

Da mesma forma, não se confunde com os institutos da preclusão ou da prescrição e decadência. Parte da doutrina a designa como uma *prescrição de fato*, baseada na tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em lei. [52]

A preclusão (art. 473 do Código de Processo Civil) representa a perda da faculdade de praticar determinado ato processual, seja porque se esgotou o prazo legal para tal (preclusão temporal), seja porque a questão já foi

decidida anteriormente (preclusão *pro judicato*), porque o ato já foi praticado (preclusão consumativa) ou, finalmente, porque o ato é logicamente incompatível como outro praticado anteriormente (preclusão lógica).

[53]

A decadência, por sua vez, consiste na extinção de um direito potestativo pelo decurso do prazo a que se sujeita o seu exercício, gozando um regime explícito, que não pode ser diretamente associado ao princípio da boa-fé; o seu regime, assim como o da prescrição $\frac{3}{4}$ ligada ao convalhecimento da lesão a um direito subjetivo pelo não exercício da pretensão no prazo legal $\frac{3}{4}$, é marcado pela generalidade, e não pela excepcionalidade própria da *suppressio*, a qual ecoa na irregularidade dos lapsos de tempo requeridos pela jurisprudência para a aplicação desta. [54]

Com efeito, ao contrário da prescrição e decadência, cujo lapso temporal é estritamente fixado pelas normas jurídicas, a *suppressio* não possui uma duração fixa, exigindo uma valoração caso a caso, vindo acompanhada de circunstâncias nas quais o exercício de um direito se mostre posteriormente inadmissível. [55]

João Baptista Machado igualmente afirma que o tempo necessário dependerá muito das circunstâncias que, combinadamente, contribuam para a formação do estado de confiança. [56]

Sobreleva, ademais, a circunstância de que, mais do que simplesmente procurar sancionar uma inércia do titular do direito não exercido, o objetivo da *suppressio*, bem como do *venire contra factum proprium* em geral, é o de proteger a legítima confiança despertada em terceiros. [57]

Além disso, o campo de atuação da *suppressio* é mais vasto, a esta se sujeitando inclusive os direitos não suscetíveis de prescrição ou decadência. [58] Por outro lado, considera-se inadmissível a exceção de prescrição oposta dolosamente pelo devedor, hipótese em que este haja anteriormente impedido o credor de fazer valer oportunamente seus direitos, dando lugar à prescrição superveniente, como no caso de este solicitar a dilação do vencimento com a promessa simultânea de pagamento pontual, caso em que, segundo Alejandro Borda, ocorreria a *suppressio* com o objetivo de proteger o credor. [59]

Igualmente, deve a *suppressio* ser extremada em face do *tu quoque*, pelo qual a parte que deixou de realizar certo ato não pode exigir da contraparte que o faça. Na forma do brocardo inglês “*equity must come in clean hands*”, um contratante não pode exigir do outro um determinado comportamento que ele próprio descumpriu [60], restando tal situação expressa, ainda, na máxima *turpitudinem suam allegans non auditur*. [61]

O *tu quoque*, leciona Menezes Cordeiro, traduz o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Nas suas palavras, “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento”. [62]

Trata-se, pois, de uma subespécie de *venire contra factum proprium*, consubstanciada no emprego desleal de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas, na fórmula que se resume como “dois pesos, duas medidas”, voltando-se igualmente à tutela da confiança e a uma preocupação com o reflexo social dos comportamentos que caracterizam o direito atual. [63]

A *suppressio*, porém, constitui uma modalidade de proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), ou seja, a inadmissibilidade da contradição em face de uma conduta prévia do mesmo agente, constituindo uma regra derivada do princípio da boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita mas, portanto, objetivamente contraditória [64], vedando-se a duplicidade de comportamentos. [65]

Poderia ser observado, numa abordagem superficial, que a *suppressio* não integra o *venire contra factum proprium*, faltando a este, como elemento constitutivo, o fator tempo, ao passo que a pura inatividade não constitui, em termos claros, um *factum proprium*. [66]

Nesse sentido, destaca Paulo Mota Pinto que o fator que caracteriza especialmente e distingue a *Verwirkung* em face da proibição de conduta contraditória é a relevância autônoma desse elemento temporal. [67]

Porém, a questão é enfrentada com propriedade por Menezes Cordeiro, o qual conclui que o tempo não pode ser visto como fator diferenciador entre ambas as figuras, eis que em qualquer manifestação de *venire contra factum proprium* existe, por mínimo que seja, um lapso entre os dois comportamentos do sujeito. [68]

João Baptista Machado, ao comparar os institutos da *Verwirkung* e do *venire contra factum proprium*, afirma que no primeiro parece estar mais em causa, além do decurso do tempo, o resultado a que o exercício tardio do direito conduziria e a questão de saber se ainda será exigível da contraparte conformar-se à pretensão do titular do direito e suportar esse resultado. [69]

O caráter omissivo do comportamento inicial do credor na *suppressio*, da mesma forma, não justifica seja tal figura colocada à parte do *venire contra factum proprium*, o qual, pressupondo a projeção de um comportamento sobre outrem, de modo a despertar a sua confiança, pode se dar seja este comportamento positivo ou negativo, consista ele em um agir ou em um não agir.

A *suppressio* envolve uma justiça individualizadora, que pondera as circunstâncias específicas de cada caso concreto, no que tenham de particularizador, merecendo ser ainda cotejada com a figura do abuso de direito, ora positivado no art. 187 do Código Civil.

Logo, exclui-se que exista aqui uma aplicação da função social ou econômica que tenha presidido à atribuição dos direitos envolvidos. Este fator, como sublinha Menezes Cordeiro, encontra-se ligado a todos os direitos da mesma espécie, os quais, tendo função idêntica, revelam, ao contrário, a intenção normativa de uma justiça generalizadora. [70]

Em relação aos bons costumes, igualmente integrantes da noção de abuso de direito, não ocorrendo, aqui, o confronto entre dois sujeitos relacionados entre si, cujo equilíbrio o direito pretende solucionar, como na *suppressio*, mas sim a valoração de situações isoladas, independentemente de relação entre si. [71]

No entanto, assim como ocorre em relação ao *venire contra factum proprium*, do qual a *suppressio* constitui uma modalidade, como visto, pode-se falar em um abuso de direito por violação à boa-fé, em se tratando de um comportamento que se torna inadmissível, examinado em conjunto com uma conduta anterior, ofendendo a confiança despertada em outrem. [72]

5 A *surrectio*

O mesmo fenômeno, pois, se reveste de dois aspectos: ora faz desaparecer um direito que não corresponda à efetividade social (*suppressio*), ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente (*surrectio*). [73]

A *surrectio* corresponde ao neologismo alemão *Erwirkung*, proposto por Claus-Wilhelm Canaris, cujos requisitos são basicamente os mesmos da *suppressio*: a exigência de certo lapso de tempo, por excelência variável, associada a uma conjunção objetiva de fatores jurídicos que concitem a constituição do novo direito e, sobretudo, à presença de uma previsão de confiança pelo beneficiário $\frac{3}{4}$ que deve acreditar ser ao menos provável a regularidade da situação fática subjacente $\frac{3}{4}$, aliada à sua imputação ao prejudicado, a título de culpa ou risco. [74]

A *surrectio* em sentido próprio ou estrito corresponde à criação de direitos subjetivos ou situações jurídicas, em relação ao beneficiário que adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, situação essa que se situa numa relação de espécie e gênero em relação à *surrectio* em sentido amplo, a qual engloba também o caso do titular que, tendo se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou uma permissão genérica de atuação, ou seja, a liberdade de movimentos. [75]

Trata-se, portanto, da vantagem advinda da incidência da *suppressio*, caracterizando-se como liberação de possibilidade de ação ou de recuperação de liberdade de ação, sendo que é admissível a *surrectio* para a constituição de situações mais vantajosas para aquele a quem aproveita. [76]

Para que o beneficiário adquira através da *surrectio* posição jurídica mais vantajosa, é necessário que esteja presente a boa-fé tanto em suas acepções subjetiva como objetiva, ou seja, o beneficiário, nas palavras de Menezes Cordeiro, deve integrar uma previsão de confiança, ou seja,

Encontrar-se numa conjuntura tal que, objectivamente, um sujeito normal acreditaria quer no não-exercício superveniente do direito da contraparte, quer na excelência do seu próprio direito. Subjectivamente, ele deve estar de boa-fé, no sentido de não ter consciência de prejudicar outrem e de ter acatado os deveres de indagação que, no caso, ocorressem. [77]

6 A *suppressio* e a função de controle da boa-fé

A ideia de boa-fé, lembra Díez-Picazo, não passa de um conceito técnico cunhado pelos técnicos do direito e utilizado como elemento de descrição ou delimitação de diferentes situações correspondentes a um *standard* de conduta social, apresentando-se esta como paradigmática [78], como é assente na técnica das cláusulas gerais.

O fundamento constitucional da boa-fé objetiva, enquanto norma de conduta para os contratantes, que devem se comportar com todo cuidado e respeito para com a outra parte, ensejando os chamados deveres laterais, instrumentais ou anexos de comportamento, pode ser buscado tanto no art. 1º, III (que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República) como no art. 3º, I (que coloca entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária), ambos da Constituição da República. [79]

Enfatiza Franz Wieacker que o problema fundamental de uma cláusula geral como a do §242 do BGB, que consagra o princípio da boa-fé, concerne à relação do juiz com o direito escrito [80], o que orienta a sua tríplice função, já consagrada no direito romano (*adjuvandi vel, suplendi vel, corrigendi vel*).

Na classificação proposta por Wieacker, [81] a boa-fé funciona da seguinte maneira: a) como concretização do plano legal em áreas de explicitação insuficiente implicando uma via para a adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador [82]; b) nas hipóteses em que o juiz atua com maior liberdade e *praeter legem*, exigindo às partes que no exercício e defesa de seus direitos se comportem de maneira justa. Neste segundo caso, a boa-fé atua como regra de comportamento ético-jurídico, compreendendo bitolas extralegais, mas não opostas à lei, o que compreenderia o campo da velha *exceptio doli*, vista em sua concepção tradicional; c) A aplicação do §242 poderia ainda ocorrer *contra legem*, o que compreenderia, segundo a criação jurisprudencial alemã, as hipóteses de revisão dos contratos em função de uma mudança total e superveniente das circunstâncias econômicas de sua celebração, caso em que seria necessário ultrapassar as brechas ético-jurídicas do direito legal. [83]

Porém, segundo uma classificação mais moderna, já consolidada na doutrina, a boa-fé objetiva desempenha três distintas funções, quais sejam, enquanto cânone hermenêutico-integrativo do contrato $\frac{3}{4}$ presente no art.113 do Código Civil $\frac{3}{4}$, norma de criação [84] dos deveres jurídicos de proteção e lealdade $\frac{3}{4}$ e limite ao exercício de direitos subjetivos, esta igualmente denominada função de controle [85](as duas últimas mais acentuadas pelo art. 422 do Código Civil). [86]

É da terceira função acima que se extrai a *suppressio*, enquanto freio do exercício do direito subjetivo, impedindo a conduta desleal daquele que pretende fazer valer o seu direito após suscitar na contraparte a legítima confiança de que o mesmo não seria exercido. [87]

É inadmissível todo exercício de um direito subjetivo que contravenha em cada caso concreto as considerações que dentro da relação jurídica ou situação subjetiva uma parte está obrigada a adotar em face da outra. [88]

Por força de uma conduta anterior do responsável, portanto, existe uma espécie de autovinculação [89], uma particular relação de confiança, decorrendo a abusividade da violação dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

Conclusão

O retardamento desleal do exercício dos direitos patrimoniais (*suppressio*) funda-se no valor confiança, visto que, em certos casos, o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante certo lapso por seu titular, desde que tal inércia tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado.

Trata-se de um instituto subsidiário, em se tratando de verdadeira saída extraordinária, insuscetível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução.

O efeito mais importante da *suppressio* é a paralisação da exigibilidade do direito, traduzindo importante função de prevenção, e não apenas de reparação de danos, por meio da imposição de obrigações de fazer ou não fazer.

O mesmo fenômeno pode ser visualizado por um outro aspecto, no tocante à tutela da expectativa legítima do réu, ao qual se dá o nome de *surrectio*, que equivale à outra face da *suppressio*, aquela relativa à parte cuja confiança se pretende proteger.

A *suppressio* decorre da função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva, constituindo uma modalidade de proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Trata-se, portanto, de sancionar a inadmissibilidade da contradição em face de uma conduta prévia do mesmo agente, constituindo uma regra derivada do princípio da boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita mas, portanto, objetivamente contraditória^[90], vedando-se a duplicidade de comportamentos.

[1] MACHADO, João Baptista. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. 118º ano , nº 3730-3741. Coimbra Editora, p. 229, 1985-1986.

[2] *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p.797.

[3] Este trabalho utilizará indistintamente os termos *suppressio* e *retardamento desleal* ao designar o instituto em exame.

[4] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.315.

[5] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit.*, p.801.

[6] RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971. p.01-02(tradução livre)

[7] PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.158.

[8] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.p.426-427.

[9] O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de enfrentar uma situação ligada à apropriação e exibição, irregular e sem autorização, da imagem do apresentador de televisão Silvio Santos, no programa televisivo Pânico na Band, envolvendo “a sua perseguição e o cerco, em público, por integrante do programa que, de forma agressiva, formulou uma série de provocações, causando-lhe profundo aborrecimento”(Agravo de instrumento n o. 0107420-50.2012.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, rel.Des.Vito Gugliemi, j.21.02.2013). No caso, foi afastada a tese de *suppressio* invocada pela parte ré, visto que” ainda que se considere que o uso da imagem do autor por longo período de tempo pelo mesmo programa de televisão sugerisse autorização tácita, pode a mesma ser revogada a qualquer tempo, independentemente de motivação, e o ingresso de medida inibitória isso claramente revela”. O acórdão é assim ementado: “ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA A DIREITO DE IMAGEM. PRETENDIDA PROIBIÇÃO DE QUE OS PROFISSIONAIS DA EMPRESA DE RÁDIO E TELEVISÃO REQUERIDA SE APROXIMEM DA PESSOA DO AUTOR, NEM EXIBAM SUA IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA. HIPÓTESE EM QUE RESTA EVIDENTE A MONTAGEM DAS FALAS ATRIBUÍDAS AO AUTOR, ATRIBUINDO AO MESMO EXPRESSÕES IMPRÓPRIAS À LINGUAGEM DA TELEVISÃO ABERTA. CASO QUE CONFIGURA VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE DO AUTOR. RECURSO PROVIDO”

- [10] MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: _____. *Na medida da pessoa humana; estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.p.128.
- [11] WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986. p.62.
- [12] RANIERI, Filippo, *op.cit*, p.27.
- [13] BIRR, Christiane. *Verjährung und Verwirkung*. Tradução Tânia Simões. Berlin: Erich Schmidt, 2003. p.164.
- [14] Prólogo à obra de Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fé, op.cit*, p.22 .
- [15] CORDEIRO, António Menezes, . *op.cit.*, p.810-811. Aponta o autor, dentre as exceções, os direitos sujeitos a prazos curtos de prescrição, a qual atinge a respectiva exigibilidade, além dos direitos que, no ordenamento alemão, seriam legalmente excluídos da *suppressio*, como, por exemplo, os direitos emergentes de contratos coletivos de trabalho e certos direitos que considera existenciais dos trabalhadores, como o direito ao salário.
- [16] BIRR, Christiane, *op.cit*, p.165.
- [17] MACHADO, João Baptista. , *op.cit.*, p. 228.
- [18] NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 187.
- [19] BIRR, Christiane, *op.cit*, p.170.
- [20] *Idem*.
- [21] No entanto, como bem adverte Anderson SCHREIBER (A proibição de comportamento contraditório. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.182), “(...) a importância de um longo decurso do tempo não deriva de ser a extensão do intervalo temporal um requisito essencial da *Verwirkung*, mas do fato de que, na maior parte das situações concretas, tal extensão temporal é necessária à formação de uma confiança legítima no não-exercício, ressalvada a concorrência de outras circunstâncias que atribuam este poder gerador de confiança ao comportamento omissivo em lapso temporal mais exíguo”.
- [22] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit*, p.812.
- [23] *Op.cit*, p.818.
- [24] BORDA, ALEJANDRO. *La teoria de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p.43.
- [25] BIRR, Christiane, *op.cit.*, p.183
- ²⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n ° 700007665250, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgamento em 17 de fevereiro de 2004.
- [26] É a posição defendida por Manuel Carneiro da Frada, *op.cit.*, p.426-427.
- [27] *Op.cit.* , p.298. Prossegue o autor: “Na primeira hipótese, tratando-se de actuar preventivamente, vai-se paralisar ou considerar inexigível o direito que o autor da conduta geradora da confiança pretende mais tarde exercer, ou vai se sancionar juridicamente aquela autovinculação, tornando exigível a satisfação do compromisso contratualmente assumido, ao impedir-se o responsável de arguir a nulidade desse compromisso.
- Na segunda hipótese, tratar-se-á, em regra, de ressarcir o interesse negativo ou de confiança, sem que todavia se exclua de toda a possibilidade de, em casos excepcionais, se impor ao responsável a obrigação de indenizar o interesse positivo ou de cumprimento”.

Porém, admite João Baptista Machado, no mesmo artigo, *op.cit.*, p.292, a possibilidade de exceções àquela regra: “no domínio de casos em que é aplicável a proibição do *venire contra factum proprium* a responsabilidade pela confiança funciona em regra em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos. É teoricamente admissível, porém, que uma conduta declarativa destinada a produzir certo efeito jurídico, mas contrária à boa-fé, não veja recusada essa eficácia jurídica, mas, em compensação, dê origem a uma obrigação de indenizar. Assim, p.ex., o n.º 4 do artigo 30 do Decreto-lei n.º 231/81, de 28 de julho, que se refere à resolução do contrato de associação em participação, admite que mesmo a declaração de resolução com abuso de direito extingue a relação contratual, mas não exonera de responsabilidade aquele que exerce o direito de resolução”.

[28] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apelação cível 0014558-75.2010.8.19.0210, 20ª Câmara Cível, rel.Des.Marco Antonio Ibrahim, julgado em 13 de junho de 2012. Segundo o relatório, “a análise dos autos revela que a cobrança jamais foi deflagrada por se ter entendido que a convenção condominial isentava as unidades comerciais do pagamento das cotas. Com efeito, a escritura de convenção do condomínio (fls. 06/16), firmada em 26/03/1965, não menciona que a divisão das despesas comuns deve ser feita entre os proprietários das unidades residenciais e comerciais, embora não haja qualquer ressalva no sentido da isenção destas últimas. Bem verdade que, estabelecendo a lei a obrigatoriedade do rateio das despesas, qualquer entendimento diverso deve ter por base a Convenção(...) Mas é importante frisar que como unidades autônomas a convenção designou apenas os apartamentos(...) Ora, se a loja não foi individualizada na Convenção como unidade autônoma, sendo implicitamente excluída do rateio, e se não utiliza as dependências internas do condomínio, possui entrada separada, não faz uso dos elevadores e tem hidrômetros e quadros de luz independentes, parece mais do que razoável a exegese de que seus proprietários não estariam sujeitos à divisão de despesas” (g.n.). A ementa é a seguinte: “Direito Civil. Cobrança de cotas condominiais. Inércia do exercício do direito de cobrança. Violação do princípio da boa-fé objetiva. ‘Suppressio’ e ‘surrectio’. Não tendo o condomínio exercido (desde 1972) o direito de cobrança de cotas das unidades comerciais que o integram, o ajuizamento de demanda configura comportamento contraditório violador da boa-fé objetiva dada a confiança dos réus de que estariam isentos do rateio de despesas comuns, *longi temporis*. O ordenamento jurídico veda que uma pessoa adote comportamentos contraditórios, ainda que lícitos. Omissão reiterada que gerou legítima expectativa de que os réus não estariam obrigados a rateio. Inexistência da obrigação. Doutrina. Precedentes. Sentença reformada”

.No mesmo sentido, o seguinte acórdão, também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “**AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. RÉU QUE ALEGA A VENDA DO IMÓVEL POR INSTRUMENTO PARTICULAR, MAS NÃO JUNTA PROVA DA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DO RÉU NO SENTIDO DE NUNCA HAVER O CONDOMÍNIO LHE COBRADO AS COTAS. COBRANÇAS DIRIGIDAS A SINDICATO OCUPANTE DO IMÓVEL. INÉRCIA DO CONDOMÍNIO QUE GERA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO PROPRIETÁRIO DE QUE TAL DIREITO NÃO MAIS SERIA EXERCIDO. COBRANÇA QUE ATENTA CONTRA O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA SUPPRESSIO/SURRECTIO. SUPRESSÃO DO DIREITO SUBJETIVO DE COBRANÇA EM FACE DO RÉU, MAS NÃO EM FACE DE QUEM OCUPA O IMÓVEL. PROVIMENTO DO RECURSO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL, COM A INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.** Sabe-se que a obrigação do condômino de arcar com o pagamento da cota condominial para conservação da propriedade comum possui natureza de obrigação *propter rem*. Em que pese haver o condomínio demonstrado que o nome do réu consta do Registro Geral de Imóveis como um dos proprietários da fração ideal correspondente ao imóvel em cobrança, há notícia nos autos de que o imóvel em questão foi vendido há mais de quarenta anos atrás, através de instrumento particular. Apesar de não ter o réu apresentado documento que demonstrasse a realização do referido negócio, mostram-se verossímeis as alegações do mesmo no sentido de nunca haver recebido qualquer cobrança por parte do condomínio, uma vez que todos os boletos acostados à inicial se dirigem ao Sindicato dos Técnicos e Auxiliares de Radiologia do Estado do Rio de Janeiro, a quem o demandado afirma ter alienado o imóvel. Ademais, o oficial de justiça que esteve no imóvel no intuito de citar o demandado informa haver sido atendido por uma funcionária do sindicato que esclareceu que este funciona naquele endereço desde 1964, sendo de sua propriedade o imóvel, além de ser o demandado desconhecido no local. É inegável que o não exercício do direito por certo lapso temporal pode gerar expectativa legítima na contraparte de que tal direito não venha mais a ser vindicado. *In casu*, a inércia do condomínio em promover a cobrança das cotas em face do demandado deu indícios de que o direito não seria mais exercido, de modo que a cobrança efetuada de forma retardada acaba por lesar a confiança do apelante na inatividade do credor. Urge fazer prevalecer na presente demanda o valor confiança, com base no instituto da *suppressio*, que consiste exatamente na supressão do exercício de um direito por deixar o seu titular de exercê-lo durante certo lapso temporal, quebrando a expectativa que havia surgido no outro sujeito quanto ao seu exercício. Trata-se de reflexo do princípio da boa-fé objetiva, no que diz respeito à função limitativa do exercício de direitos subjetivos advindos do contrato. Ao direito subjetivo do réu decorrente da tutela conferida a esta expectativa legítima dá-se o nome de *surrectio*, que equivale à outra face da *suppressio*, aquela relativa à parte cuja confiança se pretende proteger. *A modificação do julgado para reconhecer a impossibilidade de cobrança em face do réu em razão da inatividade prolongada do condomínio não importa em supressão do direito do mesmo de promover a cobrança em face de quem ocupa o imóvel, como vem fazendo, podendo, inclusive, ajuizar a demanda em face do possuidor, no caso de não haver o cumprimento voluntário da obrigação*

na data do vencimento, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça(TJ-RJ, 9ª Câmara Cível, apelação cível 0101561-84.2008.8.19.0001, rel.Des.Carlos Santos de Oliveira, j.07.04.2009).

25 Revista do Superior Tribunal de Justiça, 130/366, D.J. 16.11.99, p.214

[30] REsp 1096639 / DF. Rel. Min. Nancy Andrighi.3ª t., j. 09/12/2008. A ementa é a seguinte: “DIREITO CIVIL. VIZINHANÇA. CONDOMÍNIO COMERCIAL QUE ADMITE UTILIZAÇÃO MISTA DE SUAS UNIDADES AUTÔNOMAS. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO POR CONDÔMINO QUE CAUSA RUÍDO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL QUE SE FIXA EM QUANTUM RAZOÁVEL. – O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao vizinho uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada no condomínio. – a *suppressio*, regra que se desdobra do princípio da boa-fé objetiva, reconhece a perda da eficácia de um direito quanto este longamente não é exercido ou observado. – Não age no exercício regular de direito a sociedade empresária que se estabelece em edifício cuja destinação mista é aceita, de fato, pela coletividade dos condôminos e pelo próprio condomínio, pretendendo justificar o excesso de ruído por si causado com a imposição de regra constante de convenção condominial, que impõe o uso exclusivamente comercial, mas que é letra morta desde sua origem”.

27 Em outro precedente, igualmente relatado pelo Ministro Ruy Rosado, embora sem referência expressa à *suppressio*, mas apenas à teoria dos atos próprios (*nemo potest venire contra factum proprium*), o Superior Tribunal de Justiça(Recurso Especial n o. 95.539-SP, j.3.9.96) considerou que “a mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios”.

Segundo o voto do relator, “para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O direito moderno não compactua com o venire contra factum proprium, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (...) Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior”. Finalmente, conclui que: “o sistema jurídico nacional, a meu juízo, deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com princípios éticos, inspiradores do sistema”.

[32] O caso dos produtos Tostines: uma atuação da boa-fé na resilição dos contratos duradouros e na caracterização da *suppressio*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Trbnais, 2001. p.527 e seguintes.

[33] Segue um trecho do relatório: “infere-se dos autos que Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Bom Retiro ajuizou ação cautelar de busca e apreensão de documentos e ação indenizatória cumulada com declaratória de inexistência de débito em face de Tostines Comercial e Industrial Ltda.

A recorrida sustenta que manteve contrato verbal de distribuição de produtos alimentícios com a empresa Tostines desde 1966 até 1996(exatos 30 anos), cujo contrato correspondia a 70% do seu faturamento. A relação contratual fora unilateralmente rescindida pela recorrente após transferência do controle societário da contratante para o grupo Nestlé.

Face à ruptura contratual, a contratada sofreu vários prejuízos decorrentes da suspensão do fornecimento dos produtos, uma vez que a marca estava consolidada no mercado. Pediu através de liquidação de sentença a fixação de *danos emergentes* relativamente ao fundo de comércio, indenizações trabalhistas e investimentos que se viu obrigada a arcar, além de lucros cessantes e danos morais(...)”. O pedido foi julgado procedente pela 8ª Vara Cível de Curitiba, que, julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais, confirmou a medida cautelar e fixou indenização como sendo: a)danos emergentes em R\$ 347.345,96, conforme apurado pela perícia; b)lucros cessantes, tendo por base o valor de R\$ 577.431,63, na forma do laudo pericial; c)danos morais, em 800(oitocentos) salários mínimos; custas e honorários em 10% do valor líquido apurado(...) A 2ª Câmara Cível do TJ-PR deu parcial provimento à indenização da Tostines, para reduzir o montante da indenização(...) Ação indenizatória – Ruptura de contrato verbal de distribuição exclusiva de produtos Tostines – Redução no faturamento, dispensa de empregados, cessação das atividades – danos causados com a perda do fundo de comércio e verbas trabalhistas – Lucros

cessantes e dano moral(...)**III- A ruptura, sem justa causa, do contrato de distribuição exclusiva do produto obriga o fabricante a ressarcir o distribuidor dos prejuízos dela resultantes, como danos emergentes, lucros cessantes e danos morais”.**

[34] *Ibidem*, p.532, 540: “No caso, os prejuízos foram imputados à conduta de Tostines porque – conforme comprovado – esta alterara o seu comportamento empresarial depois da aquisição do seu controle societário pelo Grupo Nestlé. Resiliu abruptamente o contrato e, uma vez demandada, usou o argumento de a Bom Retiro atrasar o pagamento de mercadorias. O que o acórdão demonstra, porém, é que, se é lícito resiliir (nas hipóteses previstas pela lei ou derivadas, expressa ou implicitamente, do contrato), o exercício desse poder formativo há de ser pautado pela boa-fé, que impõe ao seu titular determinados deveres de “aviso prévio”, evitando-se o rompimento abrupto, que surpreende, negativamente, o parceiro de longos anos; desconsidera os seus interesses legítimos (porque amparados num ‘investimento de confiança’ objetivamente constatável, derivado da conduta constante e duradoura) e que, por isso mesmo, é capaz de ocasionar injusta ‘diminuição da lucratividade’ àquele que, surpreendido pela ruptura, não se pode preparar para enfrentá-la.

A ‘abusividade’ detectada, como se vê, não está na rescisão unilateral, mas no modo como operada sem que oferecido à outra parte, mediante aviso prévio, um ‘prazo razoável’ para que pudesse ter planejado empresarialmente(...)

A referência à reiterada tolerância de um contratante a falhas na prestação do outro leva a mencionar, por fim, outra face de atuação do princípio da boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos ou poderes formativos: é a que apanha a hipótese de perda ou de ‘paralisação’ do direito subjetivo para além dos casos tradicionais de prescrição ou decadência, o que vem nomeado, no léxico de Menezes Cordeiro, por suppressio e surrectio”(g.n.)

[35] BIRR, Christiane, *op.cit.*, p.165.

[36] R.G. 5.7.1923, vol.107, p.106 e seg., *apud* RANIERI, Filippo, *op.cit.*, p.17.

[37] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit.*, p.802.

[38] RANIERI, Filippo, *op.cit.*, p.18-19.

[39] O exemplo é dado por Fernando NORONHA, *op.cit.* p.185-186, em cujas palavras os promitentes-vendedores desistiam do negócio por vezes no próprio momento em que deveriam outorgar a escritura definitiva de compra e venda, o que foi vedado por diversas manifestações jurisprudenciais (como cristalizado na súmula n.º 166 do Supremo Tribunal Federal) que culminaram na proibição legal da cláusula de arrependimento em diversos compromissos relativos a imóveis, como no art. 16 do decreto-lei n.º 58/37 e no art.25 da lei n.º 6.766/79,

[40] MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, p.317

[41] *Ibidem*, p.319

[42] *Ibidem*, p.320

[43] De acordo com Menezes Cordeiro, *op.cit.*, p. 807, “a suppressio não pode, de facto, ser qualificada como renúncia, por não reunir os pressupostos respectivos. A ponderação da metodologia inerente às decisões que consagraram a suppressio mostra que falta uma indagação nas condições que permitiram decelar, no titular exercente, uma vontade de renúncia. Desde o início, é estudada a situação apenas nos seus efeitos objectivos, sem contemplação da vontade dos intervenientes. E bem se compreende esse procedimento: pretender, do puro silêncio, ou da mera inacção, retirar actuações negociais, coloca dificuldades de construção teóricas e práticas que, às dos comportamentos concludentes, somam as inerentes a uma actuação que prima, afinal, pela ausência. No entanto, ainda que se alcançasse a não actuação no titular como uma manifestação de vontade em renunciar, a suppressio não ficaria deslindada: seria necessário reunir ou acrescentar uma série de factores, tais como a forma e a aceitação da contraparte, para que se pudesse falar de uma figura verdadeiramente negocial.”

[44] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1989. p.275

[45] A *exceptio doli*, lembra Menezes CORDEIRO, *op.cit.*, p.721-722, exercia um papel duplo, podendo se expressar em duas figuras : a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis* ³/₄ quando o réu alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento da formação da situação jurídica posteriormente levada a juízo ³/₄ e a *exceptio doli praesentis ou generalis*, quando a ação do incurso em dolo ocorria no momento da discussão da causa.

[46] Em sentido contrário, distinguindo a *exceptio doli* da proibição do *venire contra factum proprium*, Paulo Mota PINTO (Sobre a proibição do comportamento contraditório [*venire contra factum proprium*] no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 16. Rio de Janeiro, outubro/dezembro 2003, p.171). Para o autor, “no *venire contra factum proprium* nem sempre se exigirá dolo atual, predominando o elemento de contradição com a conduta anterior, e sua imputação ao agente, por forma a tornar ‘digna de proteção’ pela ordem jurídica a confiança pela contraparte”.

[47] PASQUALOTTO, Adalberto, *op.cit.*, p.157.

[48] RANIERI, Filippo, *op.cit.*, p.08.

[49] *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.156-159.

[50] *Op.cit.*, p. 728-741 e 808. Por esse motivo, nega o autor que a *suppressio* possa ser reconduzida à *exceptio doli*, eis que “(...)a utilização desse conceito conduz a uma metodologia construtivista de tipo central(...)O defasamento metodológico é patente : ao recorrer à *exceptio*, usa-se de um conceito central para cobrir soluções periféricas, sendo que, do primeiro, não se deduzem as segundas nem das segundas, se induz o primeiro(...)Muito extenso, de compreensão escassa, acaba, afinal, por se traduzir num mero arrimo linguístico destinado a dar credibilidade a posições que, por inovatórias, careciam de, no passado , provar a sua inoquidade”.

[51] *Op.cit.*, p.59.

[52] SCHREIBER, Anderson, *op.cit.*, p.185.

[53] MARTINS-COSTA, Judith, *op.cit.*, p.321.

[54] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit.*, p.819-820.

[55] RANIERI, Filippo, *op.cit.*, p.30. Nesse sentido. o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “de outro lado, para a caracterização da *suppressio* é necessário um comportamento contraditório do titular do direito decorrente de uma conduta omissiva. A *suppressio*, assim, não se confunde com prescrição, pois, enquanto esta exige apenas o decurso do prazo legal e tem fundamento na segurança jurídica, aquela reclama a existência da confiança gerada na outra parte, decorrente da inatividade do exercício de determinado direito(TJ-RJ, 20ª Câmara Cível, apelação cível 00006910-23.2005.8.19.0209, rel.Des.Agostinho Teixeira, j.22.09.2010)”.

[56] MACHADO, João Baptista, *op.cit.*, p. 228.

[57] SCHREIBER, Anderson, *op.cit.* p.183.

[58] BIRR, Christiane, *op.cit.*, p.183-184.

[59] *Op.cit.*, p.47.

[60] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 351, 2000. p.175.

[61] Segundo o professor Antonio Junqueira de AZEVEDO (Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 351, 2000. p.280-281), uma aplicação do *tu quoque* no direito brasileiro pode ser percebida na exceção de contrato não cumprido (art. 476, Código Civil).

[62] *Op.cit*, p.837.

[63] SCHREIBER, Anderson, *op.cit.*, p.181. Salienta, no mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, p.843, que “(...) dada a grande extensão já decelada no venire, nada impediria que o tu quoque lhe representasse um subtipo mais concreto, com especificidades bastantes para incluir princípios próprios”.

[64] BORDA, Alejandro, *op.cit*, p.53.

[65] AZEVEDO, Antônio Junqueira de , *op.cit*, p.281.

[66] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit.*, p.812-813.

[67] *Op.cit*, p.172. Embora, segundo o autor, nada obste igualmente se verifique no *venire contra factum proprium* esse fator temporal, que poderá atuar quer como mero indício para a irreversibilidade do investimento da confiança, quer como verdadeiro elemento fundante da responsabilidade decorrentes da proibição do comportamento contraditório.

[68] *Op.cit*, p.813.

[69] MACHADO, João Baptista, *op.cit*, p. 229.

[70] *Op.cit*, p.828.

[71] *Idem* .

[72] SCHREIBER, Anderson, *op.cit*, p.86-87. Acerca do *venire*, o enunciado n ° 362, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “362 – Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

[73] CORDEIRO, Antônio Menezes, *op.cit*, p.816.

[74] *Ibidem*, p.822 Na *surrectio*, como observa Marcelo Dickstein,*op.cit*, p.164, a partir do *factum proprium* comissivo e da confiança justificada pelo decurso do tempo, haverá a modificação da relação jurídica previamente existente com a aquisição de um direito subjetivo – nesse incluem-se os direitos potestativos e as faculdades – derivado da cristalização de uma situação repetida, ainda que ao arpejo de disposições contratuais ou legais, de modo que se presuma uma nova conformação jurídica dada as circunstâncias objetivas.

[75] *Ibidem*, p.821.

[76] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*.8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.548.

[77] *Op.cit.*, p.824: “Esta situação deve ser imputável ao prejudicado pela *surrectio*, seja porque este, em directo, lhe deu lugar, seja porque ela acompanha, com concomitância, outras situações relativas ao mesmo prejudicado, em termos tais que fazem surgir a ideia de risco. No caso concreto, algum ou alguns desses requisitos podem faltar, desde que os restantes assumam uma intensidade tal que supram a sua ausência: integram um sistema móvel. A *surrectio*, por fim, não deve ser afastada por normas específicas ou por outros princípios que, pontualmente, se lhe sobreponham e é supletiva, no sentido de postular a inaplicabilidade, ao caso em causa, de quaisquer outros remédios que satisfaçam a necessidade jurídica imperiosa que ele visa contemplar. A base legal da *surrectio* reside no preceito que mande actuar de boa-fé”.

[78] Prólogo a *El principio general de la buena fé*, *op.cit*, p.12-13.

[79] NEVES, José Roberto de Castro, *op.cit*, p.170-171.

[80] *Op.cit*, p.50.

[81] Tal classificação encontra fortes críticas em MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, p.1129, para quem “Toda a ordenação de WIEACKER assentou, apenas, num reagrupar de elementos diversos, em função das similitudes superficiais que, porventura, apresentem. Há, desta forma, um procedimento periférico, próprio dos jurisprudentes elegantes, com ausência de representações centrais e sem atribuição de um papel básico no próprio sistema (...) A sistemática de WIEACKER ³/₄ se é que de sistemática se pode, em tais condições, falar ³/₄ é, apenas, descritiva e empírica”.

[82] WIEACKER, Franz. *Op.cit.*, p.53.

[83] *Ibidem*, p.51 e seg.

[84] Com relação a esta função, segundo Díez-PICAZO, Prólogo, *op.cit.*, p.19, “as partes não devem somente aquilo que elas mesmas estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas a tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé”.

[85] Nomenclatura utilizada por Fernando NORONHA, *op.cit.*, p.167.

[86] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.427 e seg. A referência à tripartição é ainda utilizada por Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (cf. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.14, abril/junho 1995, p.25.

[87] RANIERI, Filippo, *op.cit.*, p.27.

[88] Díez-PICAZO, *op.cit.*, p.19.

[89] MACHADO, João Baptista, *op.cit.* ,p.324.

[90] BORDA, Alejandro, *op.cit.*, p.53.

Conheça as obras do autor ([Clique aqui](#)).

TAGS [art. 330boa-fésuppressiosurrectiovenire contra factum proprium](#)

LEIA TAMBÉM



[Considerações sobre a elaboração do edital do concurso público](#)



[Reforma previdenciária #8: Aposentadoria especial](#)

Consequências da Pandemia Criada pela COVID-19 nas Obrigações e nos Contratos – Uma Visão pelo Ângulo do Direito Civil

Guilherme Valdetaro Mathias

Advogado do escritório Sergio Bermudes Advogados, Mestre em Direito Civil pela UERJ e Professor de Direito Civil da PUC-Rio e da EMERJ.

RESUMO:

Esse estudo visa a examinar o efeito da pandemia causada pela COVID-19 nos contratos e nas obrigações. Busca-se demonstrar que a aplicação direta, geral e irrefletida do art. 393 do Código Civil, sem maior exame das peculiaridades de cada negócio jurídico, pode gerar soluções ilegais e injustas.

Sempre com o objetivo de demonstrar a complexidade da matéria e a inviabilidade de saídas simplistas, o estudo cuida da questão em duas partes. Na primeira delas, são examinados os efeitos da pandemia sob a ótica da teoria impossibilidade, analisando as distinções marcantes entre a impossibilidade temporária e a definitiva e suas consequências; a aplicação da teoria da impossibilidade nos contratos bilaterais e suas peculiaridades; a possibilidade da redução dos negócios jurídicos nos casos de impossibilidade parcial; a necessidade do respeito à alocação dos riscos traçada pelas partes; os cômodos de representação; e, por fim, o dever de negociar. A segunda parte é dedicada ao exame da aplicação da teoria da onerosidade excessiva em razão da pandemia, examinado seus limites, requisitos e consequências.

PALAVRAS CHAVES:

Pandemia. Obrigação. Contrato. Impossibilidade. Impossibilidade temporária. Impossibilidade Definitiva. Contratos Bilaterais. Impossibilidade parcial. Alocação de Riscos. Cômodos de Representação. Dever de negociar. Onerosidade Excessiva. Requisitos. Consequências.

ABSTRACT:

The aim of this study is to examine the effect of the coronavirus disease pandemic (COVID 19) on the performance of contracts and obligations. The author seeks to demonstrate that direct, generalized application of article 393 of the Civil Code, without due reflection and consideration of the peculiarities of the transaction or obligation in question might lead to unlawful and unfair outcomes, The issue is complex, and simplistic solutions are unfeasible.

The study is divided into two part. In the first part, the author examines the effects of the pandemic through the prism of the doctrine of impossibility of performance, taking into consideration the following aspects: key distinctions between temporary impossibility and definitive impossibility and the consequences of each; the peculiarities of the application of the doctrine of impossibility to bilateral contracts; whether legal transactions can be 'reduced' in the event of partial impossibility of performance; the need to respect the allocation of risks delineated by the parties; the redress due for loss of enjoyment/benefit of an asset (*cômodos de representação*) and, finally, the duty to negotiate. In the second part of the study the author examines the application of the doctrine of excessive onerosness to the consequence of the pandemic and the limitations, pre-requisites and consequences of such application.

KEYWORDS:

Pandemic. Obligations. Contracts. Impossibility of performance. Temporary impossibility. Definitive impossibility. Bilate-

ral Contracts. Partial impossibility. Allocation of Risks. Redress for Loss of Enjoyment or Benefit. Duty to negotiate. Excessive onerousness. Requisites. Consequences.

“Ora, a gripe foi, justamente, a morte sem velório. Morria-se em massa. E foi de repente. De um dia para o outro, todo mundo começou a morrer. Os primeiros ainda foram chorados, velados e floridos. Mas quando a cidade sentiu que era mesmo a peste, ninguém chorou mais, nem velou, nem floriu. O velório seria um luxo insuportável para os outros defuntos.” (NELSON RODRIGUES)¹.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi comunicada acerca da existência de diversos casos identificados como pneumonia na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China. Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas informaram que a causa da doença seria um novo tipo de vírus, de uma família de Coronavírus, que fora denominado de Covid-19.

As taxas de contágio do novo vírus são alarmantes. Os poucos casos aparecidos no início de janeiro se multiplicaram exponencialmente. Com impressionante velocidade, a Covid-19 rompeu as fronteiras da China. Hoje, menos de três meses depois do aparecimento dos primeiros casos na longínqua Wuhan, as pessoas afetadas são contadas aos milhões; os mortos são milhares, espalhados por quase todos os continentes.

Diante da ausência de vacina e de medicação testada e certificada pelos órgãos competentes, a solução única preconizada pela OMS é o isolamento social, com a paralisação de todas as atividades que não sejam consideradas essenciais. Escolas, lojas, fábricas, escritórios ou estão fechados com atividades suspensas, ou estão funcionando em regimes excepcionais, como plantões, rodízios, *home-office* e situações similares.

¹ “A menina Sem Estrela”, 1ª reimpressão, Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 51.

A paralisação das atividades, ditada pelo isolamento social, obviamente, tem reflexos econômicos e jurídicos. Milhares e milhares de obrigações deixarão de ser cumpridas, gerando impactos em outros negócios numa espiral nefasta de incumprimentos e prejuízos.

Esse quadro, literalmente catastrófico, traz de pronto à mente dos operadores do Direito a figura biforme do caso fortuito e da força maior², consagrada no art. 393 do Código Civil³. Entretanto, a invocação do caso fortuito ou da força maior não é uma panaceia. Não pode ser utilizada como uma solução simplista (*rectius*: simplória), aplicável diretamente a todos os casos, sem as considerações peculiares de cada situação concreta.

Na verdade, dentro da ótica do Direito Civil, a pandemia, como evento externo, irresistível e imprevisível, pode, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, gerar a incidência de dois institutos jurídicos importantes: a impossibilidade superveniente (temporária ou definitiva) e a onerosidade excessiva.

Nos dois capítulos subsequentes, serão examinadas as duas figuras jurídicas referidas no parágrafo anterior, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas principalmente para trazer o alerta de que a situação é muito mais complexa e multifacetada do que a simples aplicação direta e sem critério do art. 393 do Código Civil.

2 Embora exista na doutrina enorme esforço de alguns autores para demarcar uma diferenciação entre as figuras do caso fortuito e da força maior, a verdade é que, em termos práticos, essa diferenciação é irrelevante. Havendo inclusive doutrinadores que consideram os dois termos como sinônimos (cf. Mazeaud, Mazeaud et Chabas, "Obligations", T. II, vol. 1, 9a ed., Montchrestien, Paris, 1998, p. 663)

3 O art. 393 do Código Civil recebeu a seguinte redação: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado". O artigo é complementado por seu parágrafo único, segundo o qual "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

2. IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE⁴

A pandemia e seus efeitos podem se encaixar no conceito de caso fortuito e de força maior, visto que inegavelmente constituem evento externo, inevitável e imprevisível.

Ocorre que a esses requisitos deve ser agregado mais um fator fundamental, sem o qual o efeito de exoneração do art. 393 do Código Civil não se verificará. É preciso que esse evento externo, inevitável e imprevisível gere a impossibilidade do cumprimento da obrigação, ainda que temporária. Como se lê na clássica lição de Mazeaud, Mazeaud et Chabas “[a] força maior ou caso fortuito é um evento exterior imprevisível e irresistível que impede alguém de cumprir sua obrigação”⁵.

Imperioso dar atenção à parte final do excerto extraído da clássica lição dos civilistas franceses, pois caso o evento capaz, em tese, de caracterizar caso fortuito ou força maior não afete efetivamente a possibilidade de cumprimento da obrigação no tempo, no lugar e na forma pactuados ou determinados pela lei (CC., art. 394), o efeito de liberação da responsabilidade não existirá.

Em suma, não basta que exista um evento que se encaixe nos três requisitos tradicionais. É fundamental que o evento gere real e efetivo empecido à realização das obrigações tal qual ajustadas. Ou seja, que exista uma relação de causa de efeito entre o evento capaz de caracterizar a força maior e o impedimento da realização plena da obrigação⁶. Sem a demonstração desse liame,

4 Destaque-se que, em contraponto à impossibilidade superveniente, a doutrina aponta a existência da impossibilidade originária, que é aquela que já existia quando da celebração do contrato, por ser anterior ou contemporânea. No exame da impossibilidade originária, também chamada de impossibilidade genética, avulta-se a divisão entre (a) impossibilidade objetiva, que é aquela que atinge todas as pessoas e leva à nulidade do contrato na forma do art. 166, II, do Código Civil; e, (b) a impossibilidade subjetiva que atinge apenas o contratante que se obrigou à realização da obrigação e não consegue satisfazê-la, sendo que neste caso não haverá nulidade do contrato, mas restará configurado o inadimplemento daquele que se obrigou sem ter meios de cumprir o prometido. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “A impossibilidade ‘originária’ presente ao tempo da constituição da obrigação é a causa da nulidade do negócio. A impossibilidade originária que nulifica é apenas a ‘objetiva’ (a que é em si mesma e para todos – absoluta). Na originária ‘subjetiva’ (a que é impossível somente para o devedor – relativa), o ato é válido caracterizando apenas uma incapacidade (impotência) do devedor” (“Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor”, 2ª Edição, Aide, São Paulo, p. 97)

5 Mazeaud, Mazeaud et Chabas; ob cit, p. 465 (tradução livre, no original: “La force majeure, ou cas fortuit, est un événement extérieur imprévisible et irrésistible qui empêche une personne d’accomplir son obligation”)

6 Neste sentido, vale lembrar da lição de JUDITH MARTINS COSTA acerca da necessidade de o caso fortuito precisar se caracterizar como evento necessário, que deve ser compreendido por uma visão concreta, e não meramente abstrata. Ou seja, “este [o caso fortuito] deve ser compreendido `situadamen-

que, em princípio, incumbe àquele que postula o efeito liberatório⁷, a obrigação deverá ser cumprida.

Saliente-se, ainda, que, mesmo caracterizado o caso fortuito e a força maior capazes de gerar entraves ao cumprimento da obrigação, levando à aplicação do art. 393 do Código Civil, seu efeito poderá ser (aliás, na maioria dos casos será) restrito. A consequência direta da aplicação da referida norma legal se limita a impedir que o devedor responda pelos efeitos da mora (ou inadimplemento)⁸. Em princípio⁹, mormente no que concerne aos casos de impossibilidade temporária, não será afetada a obrigação originária e principal que deixou de ser cumprida no tempo, no lugar e na forma adrede estabelecidas. “O efeito mais marcante da força maior é o de fazer desaparecer a responsabilidade do devedor no caso de inexecução de sua obrigação. É uma causa de liberação ou de exoneração da responsabilidade”¹⁰.

Aliás, essa consequência pode ser extraída diretamente do texto legal que aponta com precisão que “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior (...)”. A regra não ataca a higidez da obrigação. Apenas impede o nascimento da obrigação secundária de indenizar

te’, de maneira que o fato será ou não ‘necessário’, caracterizando o fortuito ou força maior, conforme a concreta situação em que verificado, a possibilidade de conhecimento do fato pelo agente, usando normal diligência, e a sua impossibilidade de resistir ao evento, ou de eliminá-lo (ou de resistir ou eliminar as suas consequências) relativamente ao dever a ser prestado. Deve ser igualmente considerado o tipo de atividade desenvolvida pelo devedor, a qualidade dos sujeitos envolvidos, a extensão dos seus deveres de garantia, custódia, conservação, segurança, controle, etc., e, principalmente, a cláusula geral da boa-fé (art. 422), a qual exige que o limite da responsabilidade do devedor seja avaliado em referência ao inteiro conteúdo da relação obrigacional. » (“Comentários ao Código Civil”, volume V, tomo I, Ed. Forense, p. 200)

⁷ Vale aqui lembrar-se do art. 373 do Código de Processo Civil que, em regra, aponta como ônus do autor a prova dos fatos constitutivos de seu pedido (inciso I); e ao réu o ônus de comprovar os fatos impeditivo, modificativo do direito do autor. Deve ser lembrado que a regra geral pode ser alterada pela aplicação da teoria da carga dinâmica da prova (CPC, art. 373, § 1º), pela convenção das partes (CPC, art. 373, § 3º) ou pela inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

⁸ Perdas e danos no caso da mora; e a resolução do contrato, acrescida ou não, conforme o caso, de perdas e danos, na hipótese de inadimplemento.

⁹ Existirão algumas hipóteses em que as circunstâncias levarão não só à exoneração dos efeitos da mora ou do inadimplemento, mas atingirá as obrigações, como, por exemplo, naquelas situações em que o obstáculo, por sua gravidade ou pelo seu tempo de duração, for capaz de gerar a impossibilidade definitiva do cumprimento da obrigação ou a perda do interesse do credor, objetivamente considerada.

¹⁰ CHRISTIAN LARROUMET (“Droit Civil – Les Obligations, Le Contrat”, Tome III, 5^{ème} ed., Economica, Paris, 2003, p. 841) (tradução livre; no original: “L’effet le plus remarquable de la force majeure est de faire disparaître la responsabilité du débiteur en cas d’inexécution de son obligation. C’est une cause de libération ou d’exonération de la responsabilité”).

as perdas e danos decorrentes do descumprimento causado pelo evento externo¹¹.

Existem, ainda, alguns outros pontos que devem ser examinados, por sua enorme relevância, como: (a) os efeitos da impossibilidade temporária; (b) a caracterização da impossibilidade definitiva e seus efeitos; (c) a aplicação da impossibilidade superveniente nos contratos bilaterais; (d) a impossibilidade parcial; (e) a alocação dos riscos do contrato (f) os cômodos de representação; e (g) o dever de negociar.

(a) Os efeitos da impossibilidade temporária.

A impossibilidade temporária, por ser fugaz, não determina a extinção da obrigação. Seu efeito é apenas o de suspender a eficácia da obrigação enquanto perdurar a situação de anormalidade que impede o seu cumprimento no tempo, no lugar e na forma fixados. Nas palavras de ALAIN BÉNABENT, *“por definição, a suspensão é provisória: durante esse período, o contrato não surte efeitos, não está em vigor, mas haverá sempre o retorno automático dos seus efeitos assim que se torne possível”*^{12 13}.

A impossibilidade temporária e passageira, portanto, não extingue a obrigação nem o contrato, apenas suspende os efeitos

11 Importante aqui lembrar-se da divisão entre a responsabilidade primária ou originária, decorrente da lei ou do contrato, e a responsabilidade secundária (dever de reparar), que nasce com o descumprimento da responsabilidade primária acrescido da ocorrência de dano. *“Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também secundário, que é o dever de indenizar o prejuízo”* (SERGIO CAVALIERI FILHO, “Programa de Responsabilidade Civil”, 2ª edição, Malheiros, Rio de Janeiro, 1999, PP. 19 e 20).

12 ALAIN BÉNABENT (“Droit Civil – Les Obligations”, 6eme ed., Montchrestien, Paris, 1997, p. 221) (tradução livre, no original “Par définition, la suspension est provisoire: pendant cette période, le contrat est relâché, n’est plus ‘em vigueur’; mais il existe toujours est sa reprise se fera automatiquement dès qu’elle sera possible”).

13 No mesmo sentido é a lição de ALMEIDA COSTA, segundo a qual “enquanto a impossibilidade temporária dura, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do retardamento da prestação, mas logo que o impedimento desapareça, fica obrigado a efetua-la” (Almeida Costa, “Direito das Obrigações”, 7a ed., Almedina, Coimbra, 1998, p. 966). ANTUNES VARELLA segue o mesmo caminho, como se vê no seguinte trecho: “O efeito da impossibilidade temporária será, portanto, o de exonerar o devedor dos danos moratórios, mas só enquanto a impossibilidade perdurar” (ANTUNES VARELLA, “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 747). A doutrina francesa, aqui representada por CHRISTIAN LARROUMET, não discrepa afirmando que, “todavia, sendo o evento de força maior temporário, ele não gerará nada mais do que a suspensão dos efeitos do contrato” (CHRISTIAN LARROUMET, “Droit Civil – Les Obligations, Le Contrat”, Tome III, 5eme ed., Economica, Paris, 2003, p. 841 – tradução livre; no original: “Toute fois, lorsque l’événement de force majeure n’est que temporaire, il ne doit entraîner qu’une suspension des effets du contrat”).

da obrigação afetada.

Imperioso apontar um pequeno senão na lição do civilista francês citado acima. Não é de todo correto afirmar que a impossibilidade temporária venha a afetar a totalidade do contrato suspendendo todos os seus efeitos. A impossibilidade dessa natureza sustará a eficácia da obrigação afetada e de outras quando for necessário à manutenção do sinalagma¹⁴ ou quando atingir o âmago do contrato, impedindo a aplicação do art. 184 do Código Civil.

O evento inevitável e imprevisível caracterizador da impossibilidade temporária será um fator exógeno à estrutura da relação obrigacional, não atingindo seus elementos (plano da existência) nem seus requisitos (plano da validade). Afetada por um fator exógeno, a obrigação será ineficaz, já que “ (...) a ineficácia em sentido estrito decorre de uma deficiência extrínseca. O negócio simplesmente ineficaz está aparelhado de todos os elementos essenciais e pressupostos de validade, de modo que sua eficácia está apenas impedida por uma circunstância de fato extrínseca”.^{15 16}

A classificação da impossibilidade temporária como fator de ineficácia é fundamental para explicar o retorno imediato dos efeitos da obrigação tão logo cessada a circunstância que lhe deu causa, na hipótese, a pandemia, pois, em razão da distinção entre a invalidade e a ineficácia, é possível admitir que, “sem quebra da coerência ou de qualquer norma jurídica, ocorrendo o fator de eficácia, o ato passe, sem mais, a produzir efeitos; há pós eficacização.”¹⁷

É preciso notar que a ineficácia, mais das vezes, não atingirá o negócio jurídico como um todo, mas apenas aquela obrigação cuja satisfação se tornou temporariamente inviável. Existindo

14 Esta questão será mais bem analisada no capítulo atinente aos efeitos da impossibilidade nos contratos bilaterais, item “c” abaixo.

15 MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, “Curso de Direito Civil”, vol I, 8ª edição, Freitas Bastos, 1996, p. 503.

16 A pandemia poderá ser classificada como fator de ineficácia pendente. Veja-se que “Ocorre ineficácia pendente ou simples quando falta um elemento integrativo à plena eficácia dum negócio em formação quer se trate de um elemento assessorio exigido pela vontade das partes (negócio sob condição suspensiva), quer de elemento estranho a sua vontade” (FRANCISCO PEREIRA BULHÕES DE CARVALHO, apud. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia”, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2002, P.53)

17 ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Ob. cit.; p. 70.

outras obrigações que não foram afetadas pela impossibilidade temporária e podendo elas ser destacadas, levando-se em conta as justas expectativas das partes, aplicar-se-á a regra do art. 184 do Código Civil, mantendo hígidas as obrigações separáveis¹⁸. Situação semelhante se dará com os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva¹⁹. Existente e válido o contrato, tais deveres, como o de cooperação e colaboração, persistirão. Aliás, o princípio da boa-fé objetiva será um elemento fundamental para resolver diversos casos de difícil solução que surgirão em razão da pandemia que acomete a humanidade.

É preciso ressaltar mais uma vez que a impossibilidade temporária poderá não se limitar a um dos efeitos diretos do art. 393 do Código Civil, que é a exoneração da responsabilidade civil. Constituindo verdadeiro fator de ineficácia pendente, haverá a suspensão de todos os efeitos da obrigação, o que não só impedirá a ocorrência da mora, mas gerará outras consequências, como a interrupção da fluência dos prazos contratuais diretamente ligados à obrigação suspensa.

(b) A caracterização da impossibilidade definitiva e seus efeitos

É preciso verificar que, conquanto temporário, o evento externo, inevitável e imprevisível pode trazer consequências definitivas.

ALAIN BÉNABET lembra que *“quando a suspensão se torne excessivamente longa e venha a ser intolerável para a outra parte, se abrirá para ela a possibilidade de romper definitivamente o contrato”*²⁰.

¹⁸ Confira-se o item “d” abaixo.

¹⁹ Os deveres anexos de conduta, como se vê na lição de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO: “Caracterizam-se por uma função auxiliar na realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes. Servem, ao menos as suas mais típicas manifestação, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afectados em conexão com o contrato (Erhaltungszinteresse), independentemente do interesse no cumprimento. Trata-se de deveres de adopção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (art. 239º e 762º), dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação. Na formulação de Larenz, identificam-se com os deveres de adoptar o comportamento que se pode esperar entre contrastes honrados e leais. (“Cessão da Posição Contratual”, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 339/340” A doutrina costuma enunciar diversos deveres anexo de conduta, dentre os quais: (a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; (b) os deveres de aviso e esclarecimento; (c) os deveres de informação; (d) os deveres de prestar contas; (e) os deveres de colaboração e cooperação; (f) os deveres de protecção e cuidado com a pessoa e o património da contraparte; e, (g) os deveres de omissão e segredo.

²⁰ Tradução livre, no original: “Cependant, lorsque cette suspension est trop longue et devient intolerable pour l’autre partie, il faut ouvrir à celle-ci le droit de rompre définitivement le contrat...” (ALAIN BÉNABET, ob. cit.; p. cit.)

Na realidade, o evento temporário poderá caracterizar impossibilidade definitiva em duas situações: (a) quando seus efeitos, ainda que de pouca duração temporal, foram suficientes para inviabilizar o cumprimento da obrigação, como se dá, por exemplo, na hipótese do perecimento do objeto da prestação (impossibilidade definitiva por inviabilidade); ou (b) nas hipóteses em que a eficácia dos eventos, conquanto fugaz, levou à perda do interesse do credor (impossibilidade definitiva por falta de interesse do credor).

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR examinou as duas situações, indicando que haverá a *impossibilidade definitiva por inviabilidade* “[q]uando a impossibilidade temporária incide sobre um ‘negócio fixo’, cujo cumprimento não pode ser efetuado em outra época; sendo inimputável, dá margem a extinção ipso iure”²¹. Haverá ainda “outros negócios, cujos termos ou natureza admitem o cumprimento posterior, figurando o tempo indicado como simples programação para o futuro ou para marcar a época da exigibilidade, a impossibilidade temporária somente assumirá a feição de incumprimento definitivo se no entretempo ficar destruído o interesse do credor em receber a prestação”²². Para facilidade de análise, estes “outros casos” podem ser classificados como *impossibilidade definitiva por falta do interesse do credor*.

A impossibilidade definitiva por inviabilidade não gera muitos questionamentos jurídicos. Seu exame se dará basicamente no campo dos fatos e sob a ótica das provas.

É preciso destacar que, no caso examinado (pandemia), se a impossibilidade temporária tomar ares de perenidade, pela inviabilidade do cumprimento da obrigação em outro momento, haverá nulidade do negócio, com a aplicação do art. 166, II, do Código Civil, já que a impossibilidade aqui será superveniente, isto é, posterior à celebração do contrato, e, por isso, equiparável à impossibilidade original absoluta²³.

Maiores indagações existem na questão da perda do interesse do credor. Desde já, é preciso notar que a perda do interesse

21 Ob. cit.; p. 100.

22 Ob.cit.; p. 101.

23 Cf. Ruy ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, ob. cit.; p. 99.

capaz de gerar a extinção da obrigação deve ser considerada do ponto de vista objetivo (perda do interesse objetivo). *“Essencial para a extinção é que as circunstâncias supervenientes tenham, de facto, realizado ou impossibilitado o fim da prestação e não preenchido apenas um motivo do interesse do credor”*^{24 25}.

Em outras palavras: *“a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada objectivamente, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer pessoa (designadamente, pelo próprio devedor ou pelo juiz), e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor”*.²⁶

Ou seja, pouco importa a afirmação do credor de que o fato teria gerado sua falta de interesse (perda do interesse subjetiva). O que é fundamental é a apuração da perda do interesse objetivo, cujo exame está ligado à análise da manutenção da finalidade do contrato e das legítimas expectativas do credor quando da sua celebração. Extinta a finalidade, o contrato perde a sua razão de ser. E, como ensina ANTUNES VARELLA, *“[e]ste desaparecimento [da finalidade do contrato] pode dar-se, porque circunstâncias estranhas à vontade das partes fizeram desaparecer a necessidade que se lhe visava satisfazer com a prestação (frustração do fim da obrigação: ‘zweckvereihtung’, como chamam os autores alemães), sem que a prestação em si mesma, se torne impossível, ou porque o fim visado pela prestação foi alcançado por outra via (‘zweckerreichung’)”*^{27 28}.

Além do exame da manutenção do interesse objetivo do credor, em respeito ao princípio da conservação dos contratos, deverá ser ponderado se o contrato ainda mantém a sua utilidade, como instrumento de trocas justas na sociedade. Nessa

24 ANTUNES VARELLA, “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 746.

25 Sobre a questão, cabe lembrar a regra do art. 792º - 2 do Código Civil português, segundo qual *“A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor”*.

26 JOÃO BAPTISTA MACHADO, *apud.* JUDITH MARTINS-COSTA, A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para a sua aplicação, 2ª ed., Saraivajur, São Paulo, 2018, p. 754.

27 “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 745”.

28 Na mesma linha: *“‘Interesse’ é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência; daí dizer-se que o credor está ‘interessado’ na prestação do credor. A prestação que desatender a esse interesse, porque já não tem capacidade de suprir a necessidade do sujeito credor, é uma prestação inútil”*. (RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução, de acordo com o Novo Código Civil, 2ª ed., revista e atualizada, Aide, Rio de Janeiro, 2004, ob. cit.; p. 132)

averiguação, deve ser examinada a persistência de uma utilidade suficiente do contrato, apurando se a prestação do devedor, ainda que incompleta, é capaz de manter o interesse na operação econômica subjacente. Alguns fatores são importantes para medir a persistência da utilidade, como: (a) a comparação entre a parte da operação executada e a parte não executada; (b) a relevância do prejuízo causado pela inexecução; (c) a possibilidade e a pertinência de uma execução futura; (d) as particularidades do objeto do contrato e a posição das partes em relação a ele; (e) a intensidade e a duração da relação contratual; e (f) a utilidade comprovada do contrato.²⁹

É preciso notar que, na alocação de riscos do contrato, podem as partes fixar um prazo razoável para cessar a suspensão decorrente da impossibilidade temporária sem que isso afete o interesse objetivo do credor. Ou seja, as partes podem definir previamente no contrato um prazo para o restabelecimento da normalidade, definindo que, ultrapassado aquele prazo, a obrigação será considerada impossível e o contrato extinto *ipso iure*³⁰.

Destaque-se que a possibilidade de regular o prazo de manutenção do interesse do credor encontra respaldo na parte final da regra do art. 393 do Código Civil, que permite às partes de um negócio jurídico regular os efeitos do caso fortuito e da força maior. Se as partes têm o direito de apontar quais são os fatores externos capazes de gerar impossibilidade e quais não o são, *a fortiori* também têm a faculdade de estabelecer o lapso temporal capaz de caracterizar a impossibilidade, em razão da perda do interesse do credor.

(c) A aplicação da impossibilidade superveniente nos contratos sinalagmáticos

É preciso ter cuidado redobrado com a aplicação das consequências da impossibilidade do cumprimento das obrigações nos contratos sinalagmáticos, pois “nesses contratos, uma obriga-

29 Cf. THOMAS GENICON, “La Résolution du Contrat pour Inexécution”, 1ª Edição, LGDJ, Paris, p. 316 e ss.

30 ANTUNES VARELLA, “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 748.

ção é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações”³¹.

A interdependência e o equilíbrio entre as contraprestações faz com que se torne inviável considerar a suspensão ou a extinção de obrigações sem se refletir acerca das consequências para a contraparte e suas obrigações. Ou seja, *“permanece a questão de saber, nos contratos sinalagmáticos, se a contrapartida é, no entanto, devida, isto é, se o devedor impedido de executar pode no entanto reclamar a obrigação correlativa”*.³²

Essa resposta será diferente caso se trate de impossibilidade temporária (ineficácia pendente); ou se cuide de impossibilidade definitiva, causada pela inviabilidade da prestação (nulidade) ou gerada pela falta de interesse do credor (resolução).

Na hipótese de impossibilidade temporária, a eficácia da obrigação atingida pelo evento externo restaria obstada, como acima já se afirmou. Por outro lado, a obrigação da outra parte poderia restar plenamente eficaz, levando à quebra do equilíbrio do contrato e da interdependência das prestações. Diante dessa situação, abriria, em princípio, para a parte obrigada a cumprir sua obrigação sem receber a contraprestação, a possibilidade de invocação da regra da exceção do contrato não cumprido, positivada no art. 476 do Código Civil, segundo o qual *“[n]os contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação pode exigir o implemento da do outro”*.

É preciso notar que a invocação da *exceptio non adimpleti contractus* pode gerar graves prejuízos e até mesmo a ruína, por completo, do devedor que já não tinha meios de cumprir sua obrigação, pois afetada pelos efeitos nefastos da pandemia. Ou seja, aquele que já se encontrava em penúria pode ter sua situação financeira agravada pelo não recebimento das prestações da contraparte advindas da exceção do contrato não cumprido. Assim, é imperioso que a aplicação da regra do art. 476 do Código Civil leve

31 ORLANDO GOMES, “Contrato”, 8ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 83.

32 ALAIN BÉNABET, (Ob. Cit.; p. 223) (tradução livre; no original: *“... reste la question de savoir, dans les contrats synallagmatiques, si la contrapartie est néanmoins due, c’est-à-dire si le débiteur empêche d’exécuter peut néanmoins réclamer l’obligation corrélative”*)

em consideração os deveres de cooperação e colaboração decorrentes da boa-fé objetiva, de modo a gerar uma posição de equilíbrio que busque minimizar os prejuízos de ambas as partes.

Neste ponto, cabe lembrar, contudo, que os ditames da boa-fé atingem as duas partes, obrigando ambas a um atuar leal e cooperativo³³. Ou seja, não se deve buscar parcimônia e razoabilidade apenas do credor que está em vias de deixar de receber a prestação que lhe foi prometida. É preciso que o devedor atingido pelos eventos externos demonstre comportamento colaborativo, mostrando esforço efetivo no cumprimento da obrigação, ainda que parcial, ou se colocando efetivamente à disposição para alcançar alternativas que mitiguem os prejuízos de todos os envolvidos.

No caso de impossibilidade definitiva pela inviabilidade do cumprimento da prestação, haverá nulidade do contrato; e na hipótese de impossibilidade por falta de interesse do credor, haverá resolução. Em ambas as situações, a consequência é o retorno ao *status quo ante*. Como ensina RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, “[s]endo a resolução o desfazimento da relação obrigacional por incumprimento de uma das partes, traz consigo a necessidade de reposição das circunstâncias assim como eram antes, razão pela qual não se pode colocar em dúvida a retroatividade dos efeitos do ato que resolve a relação ...”³⁴

Outra não é a posição da doutrina estrangeira, como se vê na lição de CHRISTIAN LARROUMET, segundo a qual “o efeito da resolução e a destruição do contrato de tal sorte que ele pode ser considerado como se nunca tivesse sido concluído. Consequentemente, a resolução, como a nulidade, opera retroativamente, a consequência é que as partes devem proceder à repetição do que já havia sido executado”.³⁵

33 Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO: “[Cabem] tais deveres laterais, quer ao credor, quer ao devedor, implicando a sua culposa infração, por qualquer dos sujeitos da obrigação, responsabilidade civil com fundamento em violação do contrato (at. 798º) e dando à contraparte, sob certas circunstâncias, o direito de resolução, tal como se se tratasse do não cumprimento culposo do dever de prestação.” (“Cessão da Posição Contratual”, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 341/342).

34 Ob. cit.; p. 257.

35 Ob. cit.; p. 813 (tradução livre, no original: “L’effet essentiel de la résolution est l’anéantissement du contrat de telle sorte que l’on puisse considérer qu’il n’a jamais été conclu. Par conséquent, la résolution, comme la nullité, opère rétroactivement. La conséquence en est que les parties doivent procéder à la répétition de ce qui a été exécuté”).

Exceção relevante a essa regra, acerca da retroatividade dos efeitos da resolução, são os contratos de duração continuada – por óbvio, de marcante interesse para o objeto do presente estudo. Nessas hipóteses, é preciso verificar se as prestações já foram ou não satisfeitas no todo ou em parte. Se as prestações não foram cumpridas, haverá retroatividade. Por outro lado, se já houve cumprimento, ainda que parcial, não há como se cogitar da retroatividade. Recorra-se, novamente, aos ensinamentos de LARROUMET:

Quando é proferida a resolução de um contrato de trato sucessivo, não é possível, pelas mesmas razões que dizem respeito às nulidades, se admitir a retroatividade. Bem entendido, se as obrigações criadas de uma parte a outra pelo contrato não tiverem sido executadas, não haverá nenhum problema. Neste caso, se considerará que o contrato nunca existiu e não haverá lugar para restituições. Pelo contrário, se o contrato foi executado em parte ou totalmente, não é possível se desfazer de determinadas obrigações, como a do locador que forneceu a utilização do bem alugado ao locatário enquanto não proferida a resolução. É por essa razão que a jurisprudência considera que a resolução de um contrato de trato sucessivo se opera sem retroatividade.³⁶

Também aqui se faz necessária a mesma advertência de alguns parágrafos acima no sentido de que tanto os efeitos da nulidade quanto os da resolução deverão passar pelo filtro da boa-fé, de modo a se evitar soluções que gerem vantagens significativas para uma parte em detrimento da outra.

36 Ob. cit.; p. 768. (tradução livre; no original : «Lorsqu'est prononcée la résolution d'un contrat à exécution successive, il n'est pas possible, pour la même raison qu'en ce qui concerne la nullité, d'admettre la rétroactivité. Bien entendu, si les obligations créées de part et d'autre par le contrat n'ont pas été exécutées, il n'y a pas de problème. En ce cas, on considérera que le contrat n'a jamais existé et il n'y aura pas lieu de procéder à des restitutions. En revanche, si le contrat a été exécuté en partie ou totalement, il n'est pas possible d'effacer certaines obligations, telles que celle du bailleur qui a procuré la jouissance du bien loué au preneur jusqu'au prononcé de la résolution. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence considère que la résolution d'un contrat à exécution successive opère sans rétroactivité".)

(d) A impossibilidade parcial

A impossibilidade poderá ainda ser parcial, pois “*pode atingir uma parte apenas da prestação, se a destruição afectou só uma parte da coisa (divisível) ou algumas das várias coisas (cumulativamente) devidas*”.³⁷

A impossibilidade parcial atrairá a regra do art. 184 do Código Civil³⁸, que consagra o princípio da conservação do contrato, com a aplicação do brocardo *utile per inutile non vitiatur*, permitindo a redução do negócio jurídico. Ou seja, a parte atingida pela impossibilidade será suspensa (impossibilidade temporária) ou perecerá (impossibilidade definitiva), permanecendo válidas as demais partes, desde que separáveis.

A aplicação da regra depende de três requisitos. (i) É necessário que existam prestações que possam ser separadas de modo que a impossibilidade venha a atingir apenas uma parte delas, deixando as demais intactas. (ii) É imperioso que a parte afetada não seja considerada como “*ponto fundamental*”³⁹ do negócio, que é aquele que, por força do ordenamento jurídico, não pode ser desconsiderado sem inviabilizar o negócio jurídico, porque caracteriza a sua essência (*essentialia negotii*), ou descaracterizá-lo, pois resulta da natureza do tipo eleito (*naturalia negotii*). (iii) É impositivo, ainda, que a impossibilidade parcial não contrarie as justas expectativas das partes, objetivamente consideradas, como ordena a parte inicial da norma ao apontar a necessidade de respeito à “*intenção das partes*”⁴⁰.

Ou seja, os elementos particulares (*accidentalialia negotii*), quando fundamentais à manutenção do plano contratual traçado pelas partes, devem ser respeitados para viabilizar a redução a que alude o art. 184 do Código Civil.

³⁷ ANTUNES VARELLA, Ob. cit.; p. 740.

³⁸ O dispositivo legal possuía a seguinte redação “Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta fora separável, a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a dessa não induz a da obrigação principal”.

³⁹ Cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”, vol. I, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 444.

⁴⁰ “A inseparabilidade resulta da natureza do negócio jurídico ou do ato jurídico stricto sensu, ou da subordinação do todo à parte nula, no caso de saberem os que manifestaram a vontade, ou de o saber o que a manifestou, que seria nula a parte, Isto é: qual teria sido a conduta deles ou dele, quanto ao resto. Certo, quem quis o ato jurídico o quis todo, mas as circunstâncias podem mostrar que se quis resto, ainda sem a parte” (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Tomo IV, 2ª edição, Borsoi, Rio de Janeiro, 1954, p. 51)

(e) A alocação dos riscos do contrato

“O regime da impossibilidade tem, subjacente, as regras sobre repartição dos riscos, nas obrigações”⁴¹

Toda a discussão em torno da impossibilidade do cumprimento das obrigações e acerca do caso fortuito e da força maior está intimamente ligada à alocação de riscos dos contratos, que nada mais é do que a escolha dos contratantes sobre os riscos que eles aceitaram correr ao celebrar o contrato e aqueles outros que eles repudiaram.

Ao celebrar todo e qualquer contrato, por mais singelo que seja, o contratante assume riscos e, ao definir o conteúdo do contrato, no exercício da autonomia de sua vontade, delimita quais pretende assumir.

É imperioso notar que a autonomia da vontade não é soberana em todas as situações de alocação de riscos. Há hipóteses em que o ordenamento jurídico delimita os riscos de forma obrigatória, levando em consideração o tipo contratual.

Veja-se, por exemplo, que o art. 735 do Código Civil impõe ao transportador todos os riscos pelos fatos de terceiros, equiparáveis a fortuito interno, não sendo sequer válida cláusula de exoneração dessa responsabilidade⁴². De forma semelhante, o art. 618 do Código Civil aloca na álea do construtor os vícios de construção ocorridos no prazo irredutível de garantia nele fixado. Ainda no contrato de empreitada, a lei impõe ao empreiteiro (CC, art. 620) os riscos atinentes à flutuação do preço dos insumos ao permitir apenas a redução do preço global na hipótese de diminuição do custo deles, sem facultar, no entanto, que o incremento dos preços possa ser repassado ao dono da obra. Na mesma linha responde o depositário pelos danos causados à coisa depositada, salvo fortuito e força maior (CC., art. 642), sem que possa ser contratualmente pactuado de outra forma.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Português”, vol. II, T. IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 186.

⁴² Veja-se que a proibição da cláusula de não indenizar e de limitação de responsabilidade são proibidas pela parte final do art. 734 do Código Civil e pela Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

A delimitação dos riscos fixadas pela lei pode atingir inclusive eventos de caso fortuito e força maior, determinando o ordenamento jurídico que certas pessoas em situações específicas são obrigadas a suportar até mesmo as consequências de fatos externos, inevitáveis e imprevisíveis. O art. 399 do Código Civil é o exemplo mais claro ao definir que “[o] devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso (...)”⁴³

A lei ainda aponta hipótese em que a alocação de risco por ela definida pode ser modificada pela vontade das partes, como se dá no art. 448 do Código Civil, que faculta às partes, “por cláusula expressa, reforçar diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”. Ou ainda no art. 698 do Código Civil, que permite a inclusão da cláusula *del credere* levando a assunção dos risco do comissário de responder “solidariamente com as pessoas que houver tratado em nome do comitente”.

Entretanto, a hipótese mais importante – pelo menos para o presente debate – de possibilidade de mudança da alocação de risco legalmente fixada é o próprio art. 393 do Código Civil, que permite “às partes convencionem o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, fazendo com que persista a responsabilidade do devedor, mesmo se a inexecução se der em decorrência de evento inevitável para o qual este não tenha ocorrido”⁴⁴.

Na verdade, as cláusulas de alocação de risco são comuns. Bastando lembrar as tradicionalíssimas cláusulas penais, de não indenizar e de limite de indenização. Mas as cláusulas de alocação de risco não se limitam à exclusão ou à limitação de perdas e danos. Podem regular diversos outros aspectos, como se dá na

43 Existem diversos outros casos em que o ordenamento impõe a uma parte que se encontra em determinada situação a necessidade de arcar com os riscos do caso fortuito e da força maior, como é a hipótese daquele que substabeleceu o mandato sem poderes para tanto, na forma do art. 667, § 1º, do Código Civil, segundo o qual “Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento”. Situação idêntica é fixada pela lei para o gestor de negócio que iniciou a gestão contra a vontade manifesta ou presumível do interessado (CC., art. 862). Também o possuidor que má-fé, na forma do art. 1.218, “(...) responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais (...)”.

44 GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República”, vol. I, 2ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 712.

concessão de prazo de cura de descumprimentos buscando evitar a resolução contratual; na fixação de garantia de fornecimento mínimo; nas regras sobre aceleração e redução do ritmo das obras nos contratos de empreitada; nas cláusulas de *take or pay*; e outras de semelhante jaez.

Todas essas regras de alocação de risco, fixadas pela lei ou pela vontade das partes, precisam ser respeitadas quando do exame dos efeitos da impossibilidade sobre os contratos, pois elas refletem os riscos que cada uma das partes resolveu assumir quando da decisão de contratar e de como contratar. Ou seja, trata-se de observar a manutenção do equilíbrio contratual original fixado pelas partes, de respeitar a autonomia da vontade e a segurança jurídica.

Acrescente-se que o respeito à alocação de risco decorre atualmente de regra legal. Com efeito, a norma do art. 421-A, I e II, do Código Civil define muito claramente que *“as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de rescisão e resolução”* (CC, art. 421 – A, I) e que *“a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”* (CC, art. 421 – A, II).

(f) Os cômodos de representação

Determina o art. 794º do Código Civil português que *“[s]e, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro”*.

A regra acima cuida dos denominados cômodos de representação, a qual se justifica não só por medida de justiça, mas como forma de impedir o enriquecimento sem causa. Afinal, *“Compreende-se que a impossibilidade da prestação, não sendo imputável ao devedor, o desonere da obrigação. Se, porém, em virtude do facto que determinou a impossibilidade, o devedor adquiriu algum direito (...), já não se justificaria que tal direito não aproveitasse ao credor”*⁴⁵

45 ANTUNES VARELLA, “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 750.

Em suma, não pode o detentor de uma determinada situação jurídica tentar reduzir seus prejuízos sem levar em consideração os ganhos que obteve.

A regra dos cômodos de representação não é estranha ao ordenamento jurídico nacional. Está expressamente prevista no art. 636 do Código Civil, segundo o qual “*O depositário que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira*”.

Conquanto a regra acima referida esteja vinculada ao contrato de depósito, a aplicação dela de forma generalizada se coaduna com as regras gerais do Direito Civil, pois a possibilidade de que alguém receba vantagens em razão de uma situação adversa e, ao mesmo tempo, seja integralmente compensado por todos os seus prejuízos agride o princípio da vedação ao enriquecimento sem causas (CC., art. 884) e a limitação da reparação à extensão do dano (CC., artr. 944).

A lembrança dos cômodos da representação, no debate acerca da pandemia e seus efeitos nos contratos, é fundamental, pois, como se sabe, existem diversas políticas governamentais de salvaguarda da economia, atingindo, principalmente, alguns setores estratégicos. É, pois, imperioso que essas ajudas também sejam consideradas na criação do novo equilíbrio contratual e na reconstrução do sinalagma.

(g) O dever de negociar

Como visto, a questão da impossibilidade temporária ou definitiva causada pela pandemia gerará problemas muito complexos, cuja solução demandará reflexões e estudos, os quais a levarão a campos muito distantes da aplicação direta e irrefletida do art. 393 do Código Civil.

Algumas figuras jurídicas serão fundamentais para a elucidação desses graves problemas. Dentre elas, avulta-se o dever de negociar.

Conquanto não positivado diretamente no ordenamento jurídico nacional, o dever de negociar encontra respaldo firme na boa-fé objetiva e nos deveres anexos por ela criados. Como salienta ANDERSON SCHREIBER “... [d]e fato, a boa-fé objetiva, consagrada em nossa codificação (arts. 113, 187 e 422), impõe a cooperação e a colaboração entre as partes em prol do escopo comum. O dever de renegociar exsurge, assim, como um dever anexo ou lateral de comunicar a outra parte prontamente acerca de um fato significativo na vida do contrato - seu excessivo desequilíbrio - e de empreender esforços para superá-lo por meio da revisão extrajudicial. Como dever anexo, o dever de renegociar integra o objeto do contrato independentemente de expressa previsão das partes”⁴⁶.

A regra do dever de negociar encontra-se consagrada em normas do direito estrangeiro e em regras de *soft law*. Veja-se, como exemplo, princípios do UNIDROIT, mais especificamente a regra do art. 6.2.3 (1), segundo a qual havendo mudança do equilíbrio contratual decorrente de eventos supervenientes a parte lesada pode demandar da outra a abertura de negociações séria e inspiradas na boa-fé⁴⁷.

Obviamente, o dever de negociar não impõe à parte uma obrigação de retroceder em suas posições, de reconhecer a validade dos argumentos da contraparte ou de fazer liberalidades, mas sim de participar com seriedade, lealdade e colaboração de uma negociação visando ao reequilíbrio contratual. Vale novamente recorrer à lição de SCHREIBER:

46 “Equilíbrio Contratual e Dever de Negociar”, 1ª edição, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 341.

47 Artigo 6.2.3 (efeitos) “1) Em caso de *hardship*, a parte lesada pode pedir a abertura de renegociações. O pedido deverá ser feito sem retardo indevido e ser motivado. 2) O pedido não justifica, por si só, que a parte lesada suspenda a execução de suas obrigações. 3) Na falta de acordo entre as partes num período de tempo razoável, uma ou a outra parte pode recorrer ao Poder Judiciário. 4) O Tribunal que conclua pela existência do *hardship*, pode, se considerar razoável: extinguir o contrato na data e nas condições que ele fixar; ou b) adaptar o contrato com vistas a reestabelecer o equilíbrio econômico” (tradução livre, no original: “Article 6.2.3 (Effets) 1) En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l’ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 2) La demande ne donne pas par elle même à la partie lésée le droit de suspendre l’exécution de ses obligations. 3) Faute d’accord entre les parties dans un délai raisonnable, l’une ou l’autre peut saisir le tribunal. 4) Le tribunal qui conclut à l’existence d’un cas de *hardship* peut, s’il l’estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu’il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l’équilibre des prestations”.

“Como se vê, o dever de renegociar não configura um dever de alcançar certo resultado ou de aceitar as novas condições propostas pelo contratante desfavorecido pelo desequilíbrio, não se trata de um *dever de revisar* o contrato extrajudicialmente, mas simplesmente de *ingressar em renegociação*, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando e respondendo, com seriedade, ao pleito apresentado pelo outro contratante. Desdobra-se em duas etapas: (a) o dever de comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual identificado, e (b) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato ou de responder a uma proposta nesse sentido analisando-a seriamente.”⁴⁸

A renegociação séria e de boa-fé, muito ajudada, em algumas hipóteses, pela florescente mediação, certamente levará a situações mais cômegas e mais próximas das necessidades e das expectativas das partes.

3. DESEQUILÍBRIO SUPERVENIENTE DA EQUAÇÃO CONTRATUAL

No capítulo anterior foi examinada a questão da impossibilidade superveniente, definitiva ou temporária, gerada por um evento exterior, como a pandemia. Todavia, é possível que a pandemia - ou qualquer outro evento externo e superveniente - não gere a impossibilidade no cumprimento da prestação, mas faça com que o seu cumprimento se torne exageradamente oneroso para o devedor, causando um grave desequilíbrio da equação contratual pactuada pelas partes e ferindo significativamente o sinalagma. Esse desequilíbrio da relação contratual, assim como ocorre com a impossibilidade da prestação, demandará uma solução do ordenamento jurídico.

Em regra, os ordenamentos jurídicos ocidentais – e o ordenamento nacional não é uma exceção – contemplam mecanis-

48 Ob. cit.; p. cit.

mos para evitar que fatos extraordinários ocorridos após a celebração dos contratos – como é o caso da pandemia - venham a atingir o negócio originariamente entabulado pelas partes, gerando desequilíbrio das prestações e impondo prejuízos injustificados a um dos contratantes ou, até mesmo, a ambos. Afinal, “[p]arece bem evidente que ao tempo do adimplemento, nos contratos duradouros ou de execução diferida, devam existir circunstâncias que garantam a conservação do princípio da igualdade, expresso na equivalência entre as obrigações reciprocamente prometidas e a obtenção do fim natural do contrato”⁴⁹.

Existem diversas teorias que buscam explicar a possibilidade de alteração do contrato por quebra do equilíbrio da equação contratual decorrente de fatos supervenientes. Tais teorias vão desde a medieval cláusula *rebus sic stantibus*⁵⁰ até a teoria da imprevisão⁵¹, passando pelas teorias da pressuposição⁵², da condição implícita⁵³ e da base do negócio⁵⁴, esta última vista de forma

49 RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, Ob. cit., p. 150.

50 Segundo CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “os juristas da Idade Média, atentando que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram, acreditando-se fundados em um texto de Neratius, em torno da *condictio causa data causa non secuta*, que o contrato deveria ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse alterações, a execução deveria ser igualmente modificada: ‘*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*’ (“Instituições de Direito Civil”, vol. III, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003,, p. 162)

51 ENNECCERUS e LEHMANN assim apresentam a teoria da imprevisão: “*Todo contrato obrigatório só será vinculante enquanto as circunstâncias, abaixo das quais fora concluído, não tiverem se modificado no que for essencial*” (cf. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, Tratado de Direito Civil, Tomo I, 1º, p. 206, Ed. Libreria Bosch). A doutrina brasileira segue o mesmo caminho, como se vê no ensinamento de JUDITH MARTINS- COSTA: “... a Teoria da Imprevisão teve o mérito de relativizar a força obrigatória dos contratos, quando se manifestasse a alteração das circunstâncias supervenientes à conclusão contratual, e fossem essas circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis ao tempo da formação do contrato” (“Comentários ao Código Civil”, volume V, tomo I, p. 289, Ed. Forense)

52 Segundo a teoria da pressuposição de WINDSCHEID, “o contratante se obriga(?) com a certeza da permanência de uma situação ou da ocorrência de um fato sem o qual não teria contratado” (cf. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, ob. cit., p. 144)

53 A teoria da condição implícita (*implied terms* ou *implied conditions* no Direito inglês) tem sua fonte na jurisprudência dos países de direito consuetudinário, mais notadamente na jurisprudência inglesa. Como ensina ORLANDO GOMES, “A teoria da condição implícita é, antes, orientação seguida pelo juiz inglês em casos nos quais a execução do contrato não deve ser exigida pela superveniência de fatos que impedem seja a prestação cumprida. Considera-se que, nessas hipóteses, não subsiste o vínculo contratual, partindo da presunção de que as partes o concluíram no pressuposto de que perdurariam as condições externas em que foi celebrado. A sobrevivência do contrato subordina-se a uma condição implícita (*implied condition*), entendido o substantivo como uma *condictio juris*” (Transformações Gerais no Direito das Obrigações, RT, 2ª edição, p. 98). Caso emblemático da aplicação da teoria da condição implícita na jurisprudência inglesa são os *Coronation Cases*. Tais processos cuidavam da locação de janelas, cujo objetivo exclusivo era permitir que os locatários assistissem a passagem do cortejo do Rei Eduardo VII. Os festejos, no entanto, foram adiados pela doença que acometeu o monarca. As cortes inglesas, considerando que fora frustrado o objetivo do contrato, permitiram que os locatários não efetuassem o pagamento dos aluguéis.

54 A teoria da base do negócio é assim conceituada por ENNECCERUS: “Por base do negócio, a esses

subjetiva por OERTMANN⁵⁵, e objetiva por LARENZ.⁵⁶

O Código Civil brasileiro cuida da questão no art. 478⁵⁷, que recebeu, em sua primeira parte, a seguinte redação: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

A análise do referido dispositivo mostra que a resolução do contrato por onerosidade excessiva, no sistema do Código Civil⁵⁸, depende da presença de uma série de requisitos, tais como:

efeitos, se há de entender as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para a sua decisão, no caso de que estas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base do contrato, como, por ex., a igualdade de valor, em princípio, da prestação e contraprestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão das mercadorias e outras circunstâncias semelhantes”. (Apud. RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, ob. cit., p. 144/145)

55 “Por base do negócio subjetiva deve se entender a representação mental ou a expectativa pela qual ambos os contratos foram guiados ao concluir o contrato. Não é suficiente a representação mental ou a expectativa que tenha determinado de modo decisivo a vontade de uma das partes, ainda que a outra tivesse ciência dela” (KARL LARENZ, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. p. 224 – tradução livre; no original: “Por base del negocio subjetiva ha de entenderse una representación mental o esperanza de ambos contratantes por la que ambos se han dejado guiar al concluir el contrato. No es suficiente que la representación o esperanza haya determinado de modo decisivo la voluntad de una de las partes, aun cuando la otra parte hubiese tenido noticia de ello”)

56 “Por base do negócio objetiva deve ser entendido o conjunto de circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato segundo o significado da intenção de ambas as partes possa subsistir como regulação dotada de sentido” (KARL LARENZ, Ob.cit.; p. 225 – tradução livre; no original “Por la base del negocio objetiva ha de entenderse el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia ES objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido”)

57 Vale aqui ressaltar que o art. 478 do novo Código Civil é claramente inspirado no art. 1.467 do Código Civil italiano que tem a seguinte redação: “Nos contratos de execução continuada ou periódica e nos de execução diferida, se a prestação de uma parte tornar-se excessivamente onerosa pela ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve esta prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1458 (att. 168). A resolução não poderá ser requerida se a onerosidade superveniente integra a aléa normal do contrato. A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo para modificar equitativamente as condições do contrato”. (tradução livre; no original: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’Art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. De fato, o tratamento da resolução por onerosidade excessiva na legislação italiana serviu de modelo fiel ao art. 478 do Código Civil brasileiro.

58 No sistema do Código de Defesa do Consumidor a situação é diversa. Para o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, basta que existam “fatos supervenientes que as tornem (as prestações) excessivamente onerosas” para permitir “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão”. Assim, não só o microsistema consumerista autoriza expressamente a hipótese de revisão dos contratos por fatos supervenientes, mas também abranda sensivelmente os requisitos

(a) a existência de um contrato de execução continuada ou diferida; (b) a presença de excessivo ônus gerado para uma das partes; (c) a existência de vantagem excessiva para a outra parte; e (d) a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis causadores do desequilíbrio.

A necessidade de um contrato de execução continuada ou diferida é uma imposição de ordem lógica. Se o contrato for de execução imediata, sendo instantaneamente executado após sua celebração, os fatos supervenientes não poderão atingi-lo, alterando o equilíbrio de suas prestações, que, a essa altura, já terão sido completamente executadas e, *ipso facto*, extintas. Ou seja, *“pela sua própria natureza, a imprevisão só se aplica aos contratos de prestações sucessivas, ou nos a prazo, cuja execução se prolongue no tempo. Excluída está em relação aos contratos instantâneos e em relação aos aleatórios”*.⁵⁹

O segundo requisito, o surgimento de um ônus exagerado para uma das partes, é indiscutivelmente o mais relevante de todos, pois é a razão de ser do instituto, cujo objetivo é impedir o sacrifício demasiado de um dos contratantes. Importante notar que não será todo e qualquer ônus que abrirá a possibilidade da aplicação do art. 478 do Código Civil. É fundamental que esse ônus seja demasiado, provocando uma *“extrema desvantagem”*, como expressamente exige o texto legal. *“Faz-se necessário ainda, para a resolução do contrato, que a sucessiva onerosidade exceda a álea normal do contrato. É preciso que o desequilíbrio determinado entre a prestação e contraprestação supere a medida que corresponda às normais oscilações do mercado dos valores orçados; se permanece dentro delas, não há razão para libertar de seu compromisso a parte que sofre um agravamento econômico que podia muito bem ser previsto e prevenido”*.⁶⁰

O art. 478 do Código Civil, conquanto deixe claro que o ônus gerado para a parte deva ser aquele suficiente para causar *“extrema desvantagem”*, não apresenta qualquer dado objetivo ou

para tanto, afastando, inclusive, a necessidade da imprevisibilidade. Não é por outro motivo que se considera que o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor encontra substrato na teoria da base do negócio, e na teoria da onerosidade excessiva, que inspira o art. 478 do Código Civil.

59 JOSÉ MARIA MIGUEL DE SERPA LOPES, “Curso de Direito Civil”, vol. III, 4ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 104.

60 LUIZ GUILHERME LOUREIRO, Contratos no Novo Código Civil”, 2ª edição, Método, 2004, p. 268.

parâmetro concreto, a fim de que se possa mensurar a onerosidade excessiva. Portanto, os conceitos de “*onerosidade excessiva*” e de “*extrema desvantagem*” precisam ser preenchidos e sopesados em cada caso concreto, com base em dados reais e objetivos, levando-se em conta, dentre os fatores, a magnitude do fardo da prestação antes e depois do evento superveniente. Ou seja, é preciso que “*seja excessiva a diferença de valor do objeto da prestação entre o momento de sua perfeição e o da execução*”.⁶¹

Também é preciso examinar a alocação de riscos traçada pelos contratantes, de modo a averiguar se o fato superveniente supostamente justificador do pedido de aplicação da teoria da onerosidade excessiva não estava na álea do negócio de quem a alegou. Relembre-se que “[o] contrato serve justamente ao propósito de afastar os riscos, fazendo-os incidir sobre uma das partes ou repartindo entre elas. Cada um dos contratantes pode assumir o risco, afastá-lo ou partilhá-lo, de acordo com os interesses em comum. E não apenas o próprio risco é suscetível de previsão. Também as próprias consequências dos fatos que integram o risco contratual podem ser dimensionadas pelas partes.”⁶² Por essa razão, “*Não se deve admitir a resolução ou a revisão do contrato por onerosidade excessiva superveniente quando a modificação das bases contratuais estiver coberta pelos próprios riscos do contrato*”^{63 64}.

Neste sentido, é o enunciado 438 do Conselho da Justiça Federal - CJF, segundo o qual “*A revisão dos contratos por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação dos riscos por eles assumidos com o contrato*”.

Não é por outro motivo que parte significativa da doutrina entende que é descabida aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos aleatórios.⁶⁵

⁶¹ ORLANDO GOMES (Ob. cit.; P. 209)

⁶² ATIYAH apud. FELIPE ROCHA DEIAB (“Alargamento do conceito de impossibilidade no Direito das Obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato” in. “Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações”, Mauricio Mota e Gustavo Kloh (org), Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2011, p. 283).

⁶³ MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, Curso de Direito Civil, vol. III (Direito dos Contratos), Tomo I, Atlas, São Paulo, 2015, p. 38

⁶⁴ Na mesma linha, o Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil da CJF/STJ, segundo o qual “*o fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos do contrato*”.

⁶⁵ Bem examinada a questão, verificar-se-á a existência de três correntes (a) os apoiadores da possibi-

A jurisprudência examina a aplicação da teoria da onerosidade excessiva com olhos para repartição de riscos acordada pelas partes ou determinada pela natureza do negócio. Muito são os exemplos. Veja-se que *“A jurisprudência do STJ é no sentido de que, nos casos de frustração da safra decorrente da estiagem, é inaplicável a teoria da onerosidade excessiva, por não se tratar de evento imprevisível ou extraordinário, mas sim, risco inerente ao negócio”*⁶⁶. Os efeitos das chuvas excessivas prejudicando a safra também foram reputados pelo Superior Tribunal de Justiça como risco do negócio⁶⁷. Também não são considerados os efeitos de crises econômicas mundiais e nacionais.⁶⁸

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça também entendeu que a variação do preço de mercado do produto no contrato de compra e venda de safra futura não caracteriza onerosidade excessiva, por integrar o risco do negócio *“A variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não evidencia acontecimento extraordinário e imprevisível apto a propiciar a revisão da obrigação com alteração das bases contratuais”*.⁶⁹ O mesmo Superior Tribunal de Justiça considerou que o crescimento do roubo de cabos de telefonia também estava dentro do risco do contrato de manutenção, afirmando que, *“Em relação à onerosidade excessiva alegada, verifica-se que a teoria da imprevisão autoriza a revisão das obrigações contratuais apenas quando há onerosidade excessiva decorrente da superveniência de um evento imprevisível, alterador da base econômica objetiva do contrato.”*⁷⁰

lidade de aplicação da onerosidade excessiva nos contratos aleatórios (Cf. NELSON BORGES, “A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios”, RT. Vol. 782, São Paulo, 1989, p. 78) (b) os negadores de tal possibilidade (SERPA LOPES, ob. cit.; p. 104; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”, vol. III, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 167; e LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, em “Contrato” Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 161) e (c) aqueles que entendem ser cabível desde que o evento causador do desequilíbrio não tenha ligação com os riscos assumidos no contrato (cf. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, Ob. cit.; p. 390).

⁶⁶ AgInt no AREsp 1352761/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21.11.2019, DJe 27.11.2019.

⁶⁷ AgRg no AREsp 711.391/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.12.2015, DJe 14.12.2015.

⁶⁸ AgInt no REsp 1316595/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07.03.2017, DJe 20.03.2017; e AgInt no AREsp 646.945/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18.08.2016, DJe 26.08.2016.

⁶⁹ AgInt nos EDcl no AREsp 784.056/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.09.2016, DJe 22.09.2016.

⁷⁰ REsp 1632842/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em

É efetiva a tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de prestigiar a alocação de riscos dos contratos, como visto nos julgados acima indicados e como se verifica no julgamento do Recurso Especial nº1.689.225/SP, que considerou inaplicável a teoria da onerosidade excessiva nos contratos de derivativos, já que tais negócios “são dotados de álea normal ilimitada, a afastar a aplicabilidade da teoria da imprevisão e impedir a sua revisão judicial por onerosidade excessiva”.⁷¹

Portanto, os efeitos da pandemia não deverão ser examinados de forma igualitária para todos os contratos. Será fundamental examinar caso a caso, verificando os efeitos do fato superveniente sobre os riscos incorridos por cada uma das partes.

Imperioso, ainda, lembrar que a teoria da onerosidade excessiva somente é aplicável sobre riscos que não foram causados pela parte que pretende invocá-la. “São descartados os desequilíbrios imputáveis ao próprio devedor, já que lhe cumpre arcar com os efeitos de sua culpa, bem como aqueles incorridos quando ele já se encontrava em mora...”⁷². Assim, se a prestação devida sofreu os efeitos da pandemia em virtude da mora do devedor, que deveria tê-la cumprido anteriormente e não o fez, os efeitos revisionais ou liberatórios da teoria da onerosidade excessiva não o protegerão.

É importante também observar que o desequilíbrio superveniente da equação contratual seja decorrente de fatores extraordinários e imprevisíveis. “A lei não tutela o contratante que não usou da normal prudência necessária para antever e compreender as consequências do contrato. Portanto, é justo e racional que o risco das circunstâncias ordinárias seja suportado pelos contraentes. Apenas os riscos absolutamente anômalos, como tais subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controle dos contratantes é que podem dar ensejo à resolução do contrato, quando ocasionarem a excessiva onerosidade da prestação de uma das partes, com extrema vantagem para a outra”.⁷³

12.09.2017, DJe 15.09.2017.

71 REsp 1689225/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.05.2019, DJe 29.05.2019.

72 GUSTAVO TEPEDINO, CARLOS NELSON KONDER e PAULA GRECO, “Fundamentos do Direito Civil”, vol. 3, Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 138.

73 LUIZ GUILHERME LOUREIRO, Ob. cit.; p. 267.

No caso da pandemia, esse requisito parece ser o menos polêmico, pois, antes do início deste ano, ninguém poderia antever a tragédia que hoje assola todo o mundo.

O requisito para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva mais controvertido na doutrina é certamente a existência de *“extrema vantagem para a outra”* parte. Corrente significativa da doutrina considera que tal exigência é equivocada, pois nada justificaria obrigar um contratante a prosseguir na execução de um contrato ruinoso para ele, apenas porque a outra parte não obteve vantagens desmesuradas. *“Exigir que a alteração das circunstâncias atinja apenas uma das partes em benefício da outras implica em esvaziar significativamente este modelo jurídico, vedando ao contratante fragilizado, por acontecimento superveniente extraordinário e imprevisível, o recurso ao remédio resolutório, apenas por não provar o enriquecimento sem causa provado pelo parceiro contratual.”*⁷⁴

Muito se discutiu acerca dos efeitos decorrentes da aplicação do art. 478 do Código Civil, uma vez que a literalidade da norma impediria a revisão dos contratos, possibilitando apenas a resolução deles. Isso porque a norma estipula que a parte poderá *“pedir a resolução do contrato”*. Além disso, o art. 479 do Código Civil permite que a revisão ocorra, mas somente se a outra parte, desejava de manter vivo o negócio, se disponha a concedê-la.

Após acesos debates na doutrina, com posicionamentos pró⁷⁵

74 CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, *“Curso de Direito Civil”*, vol. 4, 5ª edição, Atlas, São Paulo, 2015, p. 564.

75 FABIO ULHOA COELHO defendendo a possibilidade de revisão do contrato por considerar ser a melhor solução em termos práticos, afirmando que *“Tem-se entendido, porém, que a estreiteza do ditame legal não basta para excluir a revisão judicial do contrato, quando fora esta a pretensão do contratante surpreendido pelas mudanças nas condições econômicas. A parte com dificuldades para cumprir a obrigação considerada excessivamente onerosa pode optar pela revisão judicial do contrato. Se suas cláusulas puderem ser equitativamente redefinidas pelo juiz, isso tende a ser melhor e mais eficiente para os dois contratantes. A resolução só deve ser decretada se a revisão não se mostrar capaz de restaurar a justa distribuição de proveitos entre eles”* (*“Curso de Direito Civil”*, volume 3, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 105/106.. Na mesma linha, ANTÔNIO JEOVÁ SANTOS afirma que a revisão não é só possível, como também é a melhor solução na maioria dos casos concretos, afinal *“O prejudicado é senhor de sua vontade, pois pode pedir a resolução ou a revisão do contrato, segundo o que entenda melhor convenha a seus interesses pessoais e econômicos. A revisão oferece maior possibilidade de solução, tomando como base a justiça contratual, a equidade sobretudo, a gama de dificuldades que são despejadas pela excessiva onerosidade”* (*“Função Social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos”*, Método, São Paulo, 2002, p. 252/253). Outros doutrinadores, levando em consideração a firmeza quase inflexível do texto do art. 478 do Código Civil, tentam justificar a possibilidade da revisão do contrato com base no art. 317 daquele mesmo diploma, que segundo eles possibilitaria a almejada revisão. Neste sentido, é a lição de RUY ROSADO DE AGUIAR, que considera que o art. 478 diria respeito única e exclusivamente à resolução, sendo que a revisão dos contratos seria permitida

e contra⁷⁶ a possibilidade de revisão, a maioria da doutrina se colocou em defesa da possibilidade de revisão, levando-se em consideração que as normas jurídicas devem ser interpretadas sistematicamente e de acordo com o seu espírito. Assim, o referido dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com os princípios que norteiam Código Civil, dentre os quais os princípios da conservação dos contratos e da boa-fé. Portanto, a melhor interpretação do art. 478 Código Civil é a que possibilita também a revisão dos contratos, pois ainda que isso possa soar um pouco artificial, ante a literalidade do dispositivo, trata-se da única hipótese interpretativa que se harmoniza com os referidos princípios e com os anseios de justiça e equidade do Código Civil.

Veja-se ainda que os princípios do UNIDROIT, referentes aos contratos internacionais, apontam no mesmo sentido da conclusão acima referida. Os referidos princípios indicam que, diante de uma alteração significativa da equação do contrato gerada por eventos supervenientes não considerados pelas partes, pode o julgador optar entre a extinção do contrato ou a adaptação das prestações visando ao retorno do equilíbrio da equação contratual⁷⁷.

É preciso, ainda, verificar qual é o momento da extinção do contrato ou de sua adaptação. O art. 478 do Código Civil, em sua parte final, explicita que “os efeitos da sentença que a [a resolução ou a revisão] decretar retroagirão à data da citação”. Assim, “As

com base no referido art. 317. Assevera, ainda, que, embora este último dispositivo aparente cuidar de questões relativas à manutenção do valor da moeda diante do fenômeno inflacionário (correção monetária), ele serviria, na realidade, como fundamento legal da possibilidade de revisão dos contratos. Adverte apenas que é preciso atentar para o fato de que os requisitos impostos pelo art. 478 para a resolução do contrato seriam muito mais rígidos do que os indicados pelo art. 317 para a revisão. Segundo afirma, a extraordinariedade do evento e a vantagem excessiva do credor seriam requisitos apenas para a resolução do contrato (Ob. cit., pp. 152/153).

⁷⁶ Veja-se, por exemplo, que CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA declara, sem hesitações, não existir espaço para a revisão do contrato diante do texto legal, afirmando que “O que a lei concede ao contratante é a resolução. A alteração das cláusulas de cumprimento será iniciativa do credor, que voluntariamente aquiesce em oferecer oportunidade de solução menos onerosa ao devedor, como meio de salvar a avença” (Ob. cit.; p. 167) No mesmo sentido, SILVIO RODRIGUES é claro ao ensinar que “permite o legislador que, a pedido do interessado o juiz determine a rescisão do contrato” (“Direito Civil”, vol. 3, 28ª edição, Saraiva, 2002, São Paulo, p. 132).

⁷⁷ Com efeito, orienta o art. 6.2.3 (4) dos princípios do UNIDROIT que: “4) O tribunal que conclua pela existência de um caso de *hardship* pode, caso considere razoável: a) colocar fim ao contrato na data e condições por ele fixadas; ou, b) adaptar o contrato em vistas de reestabelecer o equilíbrio das prestações” (tradução livre; no original: “4) Le tribunal qui conclut à l’existence d’un cas de *hardship* peut, s’il l’estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu’il fixe; ou, b) adapter le contrat en vue de rétablir l’équilibre des prestations).”

prestações efetuadas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas, mesmo comprovada a alteração no quadro econômico ...".⁷⁸ Trata-se de regra visando à segurança jurídica, já que a citação é um marco certo e bem determinado.

4. CONCLUSÃO

Este pequeno estudo não tem a pretensão de esgotar o debate, que é tormentoso e profundo. Tem ele o objetivo de chamar a atenção para a dificuldade dos diversos problemas, absolutamente multifacetados, que a pandemia poderá causar nos contratos e nas obrigações e para a ampla diversidade das situações que surgirão. A complexidade e a disparidade dos problemas não permitirão a aplicação de soluções simplórias, como a incidência direta e irrefletida do art. 393 do Código Civil a diversos casos independentemente de suas peculiaridades. A adoção de saídas fáceis somente causará novos desequilíbrios e injustiças.

É preciso, por tudo o que foi dito, que as soluções passem pelo detido e atento exame das nuances e peculiaridades de todas as obrigações e contratos, buscando soluções equilibradas que respeitem as justas expectativas das partes e a alocação de riscos por elas definida, sempre inspiradas pela boa-fé.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. "Direito das Obrigações", 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1998,

ANTUNES VARELLA, João de Matos. "Das Obrigações em Geral", Almedina, Coimbra, 1970.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor", 2ª Edição, Aide, São Paulo.

BÉNABENT, Alain. "Droit Civil – Les Obligations", 6^{ème} ed., Montchrestien, Paris, 1997.

BORGES, Nelson. "A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios", RT. Vol. 782, São Paulo, 1989.

78 CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA "Instituições de Direito Civil", vol. III, 12ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 166.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. Curso de Direito Civil, vol. III (Direito dos Contratos), tomo I, Atlas, São Paulo, 2015

CAVALIERI FILHO, Sergio. “Programa de Responsabilidade Civil”, 2ª edição, Malheiros, Rio de Janeiro, 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. “Curso de Direito Civil”, volume 3, Saraiva, São Paulo, 2005.

DEIAB, Felipe Rocha. “Alargamento do conceito de impossibilidade no Direito das Obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato” in. “Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações”, Mauricio Mota e Gustavo Kloh (org), Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2011.

ENNECERUS, Ludwig, **KIPP**, Theodor e **WOLFF**, Martin. Tratado de Derecho Civil, Tomo I, 1º, p. 206, Ed. Libreria Bosch

FARIAS, Cristiano Chaves de, e **ROSENVOLD**, Nelson. “Curso de Direito Civil”, vol. 4, 5ª edição.

GENICON, Thomas. “La Résolution du Contrat pour Inexécution”, 1ª Edição, LGDJ, Paris.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas Gomes. “Contrato” Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

GOMES, Orlando. “Contrato”, 8ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981.

— “Transformações Gerais no Direito das Obrigações”, RT, 2ª edição.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. “Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia”, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2002.

LARENZ, Karl. “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

LARROUMET, Christian. “Droit Civil – Les Obligations, Le Contrat”, Tome III, 5^{eme} ed., Economica, Paris, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. “Contratos no Novo Código Civil”, 2ª edição, Método, 2004.

MAZEAUD, Henri, **MAZEAUD**, Leon, **MAZEAUD**, Jean, e **CHABAS**, François. “Obligations”, T. II, vol. 1, 9ª ed., Montchrestien, Paris, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para a sua aplicação*, 2ª ed., Saraivajur, São Paulo, 2018
– “Comentários ao Código Civil”, volume V, tomo I, Ed. Forense.

MENEZES CORDEIRO, António. “Tratado de Direito Português”, vol. II, T. IV, Almedina, Coimbra, 2010.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. “*Cessão da Posição Contratual*”, Coimbra, Almedina, 1982.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, 2ª edição, Borsoi, Rio de Janeiro, 1954.

RODRIGUES, Silvio. “Direito Civil”, vol. 3, 28ª edição, Saraiva, 2002, São Paulo.

SANTOS, Antonio Jeová. “Função Social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos”, Método, São Paulo, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de Direito Civil”, vol I, 8ª edição, Freitas Bastos, 1996.

– “Curso de Direito Civil”, vol. III, 4ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos,

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. “Instituições de Direito Civil”, vol. I, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1991.

– “Instituições de Direito Civil”, vol. III, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **BARBOSA**, Heloisa Helena e **BODIN DE MORAES**, Maria Celina. “Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República”, vol. I, 2ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2007.

TEPEDINO, Gustavo, **KONDER** Carlos Nelson, e **GRECO** Paula. “Fundamentos do Direito Civil”, vol. 3, Forense, Rio de Janeiro, 2020.

ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AREsp 1352761/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21.11.2019, DJe 27.11.2019.

AgRg no AREsp 711.391/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.12.2015, DJe 14.12.2015.

AgInt no REsp 1316595/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07.03.2017, DJe 20.03.2017;

AgInt no AREsp 646.945/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18.08.2016, DJe 26.08.2016.

AgInt nos EDcl no AREsp 784.056/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.09.2016, DJe 22.09.2016.

REsp 1632842/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.09.2017, DJe 15.09.2017.

REsp 1689225/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.05.2019, DJe 29.05.2019.