

MAURÍCIO CARNEIRO PEREIRA

ONEROSIDADE EXCESSIVA:

Uma análise dos remédios jurídicos à disposição dos contratantes

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes.

BRASÍLIA

2011

À Deus, a Quem devo tudo o que conquisto;
Aos meus pais, pelo apoio, compreensão e
esforços dispensados incondicionalmente;
Aos meus irmãos, pelo companheirismo, carinho
que nos une;
Aos amigos e colegas, pela ajuda e contribuição
em todas as horas.
À todos o meu sincero agradecimento.

Meu agradecimento ao Orientador e Professor
Luís Antônio Winckler Annes, cujas orientações
e conselhos realizados de forma rigorosa e,
especialmente, atenciosa, conduziram-me ao
êxito.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise da revisão ou da resolução contratual em decorrência da onerosidade excessiva superveniente. Para tanto, inicia-se com o estudo do conceito de contrato e uma breve síntese de sua evolução histórica, bem como seus requisitos de validade e princípios fundamentais. A partir desta explanação, o presente trabalho visa a análise dos efeitos do novo panorama jurídico advindo do Estado Social e os novos princípios sociais que deste nascem. Após este estudo, o trabalho trata das diferentes formas de resolução contratual em virtude dos contratos eivados de onerosidade excessiva superveniente, além de seus requisitos, teorias, diferenças e vantagens. Por fim, é feita uma análise jurídica e doutrinária a fim de verificar a utilização da resolução contratual e seus principais obstáculos, apontando a solução mais razoável para este problema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Contratos; Estado Social; Princípios Contratuais; Onerosidade Excessiva Superveniente; Resolução Contratual; Revisão Contratual; Teoria da Imprevisão; Cláusula *Rebus Sic Stantibus*; *Pacta Sunt Servanda*; Função Social do Contrato; Boa-fé Objetiva; Equidade Contratual; Fato Superveniente; Imprevisibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 CONTRATO	09
1.1 Conceito e Evolução	09
1.2 Requisitos de Validade	14
1.2.1 <i>Requisitos Subjetivos</i>	15
1.2.2 <i>Requisitos Objetivos</i>	16
1.2.3 <i>Requisitos Formais</i>	17
1.3 Princípios Fundamentais do Contrato	18
1.3.1 <i>Princípio da Autonomia da Vontade</i>	18
1.3.2 <i>Princípio da Força Obrigatória dos Contratos</i>	20
1.3.3 <i>Princípio da Relatividade dos Contratos</i>	22
1.3.4 <i>Princípio do Consensualismo</i>	24
1.3.5 <i>Princípio da Supremacia do Interesse Público</i>	25
1.4 Novos Princípios Contratuais	26
1.4.1 <i>Função Social do Contrato</i>	28
1.4.2 <i>Boa-fé Objetiva</i>	29
1.4.3 <i>Equidade</i>	31
2 A ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE	33
2.1 Cláusula <i>Rebus Sic Stanibus</i>	42
2.2 Teoria da Imprevisão	44
2.3 Novos Princípios Contratuais	48
2.4 Análise Jurídica e Doutrinária	53
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a abordagem do problema surgido na relação contratual em que um dos contratantes encontra-se impossibilitado de adimplir a prestação acordada em decorrência de um fato superveniente e imprevisível que o afeta de tal forma, que este não possua outro meio de adimplemento sem sofrer uma profunda onerosidade. Ocorrendo tal fato, o contratante pode valer-se de um instituto de proteção a fim de restabelecer o equilíbrio contratual através de revisão e, quando esta não for possível, pode este utilizar-se até mesmo da resolução contratual. Tal fenômeno é denominado Onerosidade Excessiva Superveniente.

A fim de zelar pela segurança jurídica dos contratos, para evitar a resolução contratual em decorrência de uma simples dificuldade onerosa dos contratantes, os legisladores estabeleceram uma série de requisitos a serem preenchidos pelas partes para fazerem jus à revisão do contrato afetado pelo fato superveniente.

A discussão aduzida neste estudo traz as diferentes formas de revisão do contrato afetado pela onerosidade excessiva superveniente, suas hipóteses de cabimento, seus requisitos e suas vantagens e desvantagens.

No primeiro capítulo é apresentada uma breve introdução à evolução histórica do contrato, bem como o seu conceito e os seus requisitos de validade. Também são apresentados os Princípios Fundamentais do Contrato. São os princípios que regem as regras fundamentais dos contratos, estabelecendo seus limites e diretrizes para que este possa servir ao fim para o qual foi criado.

A parte final do primeiro capítulo traz os novos princípios contratuais advindos da nova realidade de justiça social. Com o novo contexto surgido após o Estado Liberal, o Estado Social trouxe novos valores de ideologia social fazendo prevalecer o interesse coletivo em detrimento aos interesses individuais. Os setores da vida privada passaram a ser

controlados pela intervenção pública a fim do interesse coletivo e esta nova realidade também afetaram os contratos, que passaram a ser regidos por novos princípios contratuais, os princípios sociais. Os princípios sociais não anulam ou substituem os anteriores, mas os complementam e os regulam.

Após a apresentação dos princípios que regem os contratos, o segundo capítulo aborda o problema da onerosidade excessiva superveniente. Neste sentido, são aduzidos os requisitos identificadores da onerosidade excessiva superveniente bem como as diferentes formas para a solução deste entrave. A Teoria da imprevisão, presente nos dispositivos do Código Civil de 2002, a cláusula *rebus sic stantibus*, presente no Código de Defesa do Consumidor, e os novos princípios contratuais.

Por derradeiro e como ponto fundamental à conclusão do presente trabalho, é realizada uma análise das formas existentes de resolução da onerosidade excessiva superveniente a fim de se apontar quais as vantagens e desvantagens de cada uma, apontando a mais vantajosa para cada caso.

O método utilizado foi a pesquisa jurídico-técnica pelo método dogmático instrumental. Foram consultadas obras específicas a cerca da onerosidade excessiva superveniente, bem com artigos publicados em periódicos, na internet e em volumes físicos. O trabalho também teve como foco as normas jurídicas e a jurisprudência sobre a questão, o que objetivou uma abordagem atual sobre o tema.

Na conclusão, é feita a análise das conclusões advindas dos capítulos anteriores a fim de se encontrar qual a forma de resolução contratual menos penosa para os contratantes, respeitando os limites estabelecidos pelo Estado Liberal e a segurança jurídica.

Deste modo, o foco deste estudo é a análise dos remédios jurídicos existentes para o problema da onerosidade excessiva superveniente, analisando a utilização da Teoria da Imprevisão, prevista no atual Código Civil, da cláusula *rebus sic stantibus*, encontrada no

Código de Defesa do Consumidor, e dos novos princípios contratuais, como forma de solução para este problema. Serão analisados os pontos positivos e negativos destas teorias com o apontamento da melhor solução para os diferentes casos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

1 O CONTRATO

1.1 Conceito e Evolução

O direito das obrigações exerce hoje, uma grande influência na vida econômica em virtude das relações jurídicas obrigacionais se fazerem presentes em todos os estágios da economia. É por meio destas relações obrigacionais que o regime econômico se estrutura.

Todas as obrigações têm como fonte primária a lei. Assim sendo, todas as obrigações decorrentes de um contrato serão estas também, decorridas da lei. “É a lei que disciplina os efeitos dos contratos, que obriga o declarante a pagar a recompensa prometida e que impõe ao autor do ato ilícito o dever de ressarcir o prejuízo causado.”¹

Existem três fontes secundárias de obrigações consideradas pelo Código Civil Brasileiro; os contratos; as declarações unilaterais de vontade; e os atos ilícitos. Todas as três fontes elencadas terão como fato gerador do vínculo obrigacional um fato humano produtor de obrigações, sejam para a produção de um contrato, uma declaração unilateral de vontade ou o cometimento de um ato ilícito. Dentre estas fontes obrigacionais, o contrato é a mais rica e com efeitos mais expressivos no universo jurídico.

Segundo Caio Mário², o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e obrigações.

O Código Civil de 1916³, em seu art. 81, definiu negócio jurídico de forma genérica como todo ato lícito, que tenha por fim imediato a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. O atual Código Civil⁴ refere-se a negócio jurídico sem, no

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 169.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III: Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

³ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil.

⁴ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU de 11/01/2002.

entanto, defini-lo, em seu art. 104 e seguintes. Deste modo, as regras gerais do direito contratual são as mesmas para todos os negócios jurídicos. “Portanto, para qualquer negócio jurídico, e não apenas aos contratos, aplicam-se as regras sobre capacidade do agente, forma e objeto, assim como em relação às normas sobre os vícios de vontade e vícios sociais. O atual Código mantém tal estrutura sob o título negócios jurídicos”.⁵

O contrato pressupõe o mútuo consenso gerado pela existência de duas vontades que se postam em acordo a respeito de determinada coisa. É um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Distingue-se dos unilaterais, pois deve resultar de uma composição de interesse devendo haver a manifestação de vontade de ambas as partes. Nesta senda, sempre que o negócio jurídico resultar do acordo de duas ou mais vontades e este estiver balizado pela lei, estaremos falando de um contrato. Contrato é então:

(...) um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com pacificidade da doutrina, dizemos então, que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.⁶

Neste diapasão, contrato é o acordo de vontades que tem como objetivo a produção de efeitos jurídicos com a finalidade de criar, modificar ou extinguir um direito.

À análise das relações do direito dos contratos devemos destacar que as expressões contrato e convenções têm atualmente o mesmo significado e conteúdo jurídico. O legislador do Código Civil de 2002 consagrou estas expressões como sinônimas ao aludir em seu art. 221, obrigações convencionais, quando deveria compreender somente os contratos.

Porém, em contraste com o direito moderno, o direito romano apresentava distinções entre os dois termos.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume II*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 391.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III: Contratos*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

A palavra *conventio* era um termo que compreendia os contratos, como convenções previstas e reconhecidas pelo direito civil, e os pactos, que não possuíam força obrigatória posto que, não eram sancionados pelo direito civil. Deste modo, convenção era gênero ao qual contrato e pacto eram espécies.

Deste modo, a convenção somente não produzia obrigações. Esta se caracterizava pela conversão de duas ou mais vontades perante o mesmo objeto jurídico. “A definição romana, formulada por Ulpiano, apesar de concisa, era extremamente correta: *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou em vernáculo, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.”⁷

O Código Napoleônico foi a primeira grande codificação que, a exemplo do direito romano, também disciplinou o contrato como uma espécie do gênero convenção. Tomado pela vitória burguesa na revolução de 1789 e sua conseqüente influência ideológica, política e econômica, o mencionado diploma disciplinou o contrato como mero instrumento de aquisição de propriedade. O contrato é posto como um meio de circulação de riquezas.

Para este Código, não haveria propriedade sem haver liberdade, pois estas estavam ligadas indissolúvelmente. As pessoas eram ligadas as coisas através dos contratos, que representavam a oportunidade da classe burguesa ascendente de adquirir os bens das classes detentoras. A transferência dos bens passa a depender exclusivamente da vontade. “O contrato, no sistema francês, é posto como o ponto máximo do individualismo. O contrato vale e é obrigatório, por que assim foi desejado pelas partes.”⁸

As convenções contratuais geravam regra entre as partes as quais deviam se submeter como se lei fosse. O *pacta sunt servanda* conferia ao contrato força obrigatória e nem mesmo ao Estado era permitido intervir no conteúdo da relação contratual, salvo raras

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, volume V. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, volume II. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 392.

exceções de ordem pública e contrariedade dos bons costumes. Por estar ligado à propriedade no sistema francês, o contrato opera a transferência dos direitos reais.

Editado quase um século após o Código francês, o Código alemão atravessava um momento histórico diferente embora também seja um diploma burguês. “No Código alemão, o contrato passa a pertencer a uma categoria mais geral. O contrato é uma subespécie da espécie maior, que é o negócio jurídico”.⁹ O contrato por si só não transfere a propriedade. É veículo de transferência, mas não a opera.

Este sistema foi adotado no Código Civil brasileiro de 1916, com suas especificidades. Quanto à estruturação dos negócios jurídicos, o Código de 1916 não foi muito preciso, sendo este problema corrigido com o advento do diploma de 2002, não restando dificuldades para a doutrina preceituar o conceito de negócio jurídico. “O contrato, assim como outros negócios, constitui-se numa declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. O contrato, sem dúvida, ocupa grande parte, e a mais importante, da vida negocial.”¹⁰

O Código francês e o Código alemão têm como ponto principal o aspecto paritário do negócio jurídico e a preponderância da autonomia da vontade. Neste tipo de contrato, as partes convencionam minuciosamente cláusulas como preço, prazo, forma de pagamento, dentre inúmeras questões.

Atualmente, o contrato essencialmente privado e paritário ocupa uma parcela muito pequena nos contratos. Com a nova realidade, há uma tendência de cada vez menos se contratar uma pessoa física. A própria dinâmica social tende a tornar secundário esse modelo de contrato. Com o advento da economia de massa e da sociedade de consumo, os contratos individualizados e precisamente discutidos começam a desaparecer sendo substituídos por contratos realizados com pessoas jurídicas, com cláusulas idênticas, já determinadas para

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, volume II. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 393.

¹⁰ *Ibidem*.

atender a um maior número de pessoas que necessitam de bens e serviços. O contrato realizado entre os iguais torna-se raro em face da contratação da pessoa jurídica, seja a empresa, pequena, média ou grande, os grandes e pequenos detentores de capital, e até mesmo o Estado, para o fornecimento de bens ou serviços.

A nova realidade muda os conceitos de riqueza e propriedade exigindo dos contratos uma nova visão:

O contrato deixa de ser peça-chave, a ponte para alcançar a propriedade. No neocapitalismo, afastado do capitalismo embrionário surgido com a Revolução Francesa, no novo direito social, há valores mobiliários, bens imateriais que constituem parcela de riqueza importante, desvinculando-se do binômio riqueza-propriedade imóvel.¹¹

Preponderam neste contexto o imediatismo e o consumismo. Os bens e serviços passam a ser prontamente utilizados e consumidos. Há um processo de desmaterialização da riqueza. A riqueza passa a ser definida não somente pelas coisas materiais e bens imóveis, mas também pelas coisas imateriais, configuradas nas relações de promessas a outrem realizadas através dos contratos.

Parece mais razoável considerar que, em todos estes casos, existe riqueza (imaterial, mas nem por isso menos relevante) que não se concretiza na forma tradicional de direito de propriedade, e que tal riqueza não é produzida directamente pelo contrato. Neste sentido, dentro de um sistema capitalista avançado parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão de recursos e de propulsão da economia.¹²

O contratante neste universo é o consumidor, que neste contexto é a pessoa mais importante e desprotegida da relação negocial. Apesar da previsão no atual Código Civil da liberdade de contratar fundamentada na função social do contrato e dos contratantes seguirem os preceitos da probidade e boa-fé, previstos nos artigos 421 e 422 respectivamente, abrir toda uma nova perspectiva contratual, esses princípios já eram conhecidos.

Este novo modelo de contrato passa a ser o propulsor da economia e substitui a

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, volume II. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 397.

¹² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 66.

propriedade nesta função. Nesta nova realidade, o contrato é posto como algo que deve ser cumprido, não somente pelo interesse do credor, mas como elemento de eficácia social em benefício da sociedade. O descumprimento de um contrato não prejudica unicamente o seu credor, mas a sociedade como um todo.

As transformações do instituto contratual não contrariam, mas antes confirmam o princípio da autonomia da vontade, não mais em termos absolutos e ilimitados, mas sujeitas a limites impostos pela lei, por decisões judiciais e por atos administrativos que procurem assegurar o interesse preferencial da sociedade.¹³

Os bens e serviços são atribuídos às empresas, atenuando a incidência do Estado-empresário e o contrato torna-se um mecanismo funcional e instrumental da sociedade. O direito contratual vive um período de mudança.

O Estado passa a intervir cada vez mais na relação contratual privada, seja para impor, seja para proibir cláusulas. “A mais importante consequência dessas transformações é a mudança na preocupação do legislador quanto à rigidez do contrato”¹⁴. A força obrigatória dos contratos tem razão no interesse social e no bem comum e não mais se baliza pelo cumprimento de um dever moral.

1.2 Requisitos de Validade

Para que um contrato seja válido e produza seus efeitos jurídicos, é necessário que este preencha uma série de requisitos que possibilitarão a aquisição, modificação ou extinção de direitos.

Para que o contrato possa produzir os efeitos almejados pelos seus contratantes, este deve possuir requisitos de ordem geral, comuns a todos os tipos de negócio jurídico.

¹³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral e contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 54.

¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

Estes requisitos são divididos em: capacidade do agente; objeto lícito possível e determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme estabelecido pelos termos do art. 104 do Código Civil. Deve possuir de igual modo, requisitos especiais específicos dos contratos: consentimento recíproco ou acordo de vontades. “Os requisitos de validade dos contratos podem, assim, ser distribuídos em três grupos: subjetivos, objetivos e formais.”¹⁵

1.2.1 Requisitos Subjetivos

Os requisitos subjetivos devem estar presentes nos negócios jurídicos e a sua ausência os tornam inválidos, fazendo com que seus efeitos não sejam produzidos. O primeiro requisito subjetivo é a capacidade genérica. Se a incapacidade absoluta ou relativa não for suprida pela representação ou assistência, o contrato será nulo ou anulável. Esta capacidade é definida como a capacidade de agir em geral. “No tocante às pessoas jurídicas, exige-se a intervenção de quem os seus estatutos indicarem para representá-las ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.”¹⁶

O segundo requisito subjetivo tem relação com a capacidade do contratante. A aptidão específica para contratar é a capacidade especial para contratar. “Esta capacidade não é somente a capacidade genérica, como medida de personalidade, mas também a específica para protagonizar determinado contrato, que denominamos legitimidade.”¹⁷ Há certos tipos de contratos que exigem esta capacidade especial embora o agente não seja incapaz genericamente, como ocorre na doação, na transação, na alienação onerosa, ou quando deve haver o consentimento dos descendentes ou do cônjuge alienante. Deve haver a manifestação válida do agente no momento da declaração de sua vontade.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 14.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil (Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil) Contratos. Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 22.

Por derradeiro, o negócio jurídico deve significar uma manifestação de vontade dos contratantes que se caracteriza em um acordo, sendo o consentimento o terceiro requisito subjetivo.

A declaração de vontade há de ser emitida em correspondência ao conteúdo do contrato que o declarante tem em vista, atento ao fim que o move a contratar. Muitas vezes ocorre divergência entre a vontade real e a declarada. Quando se origina de certa causa, diz-se que o consentimento é viciado. São vícios do consentimento o erro, o dolo e a coação.¹⁸

O consentimento pode ser tácito, se a lei não exigir forma diversa, ou expresso, quando esta assim o exige. A forma expressa pode ser exteriorizada verbalmente, por meio de escritos ou até mesmo por gestos, desde que seja feita de forma inequívoca.

1.2.2 Requisitos Objetivos

Diferente dos requisitos subjetivos que estão ligados ao agente contratante, os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto do contrato. Seu primeiro requisito está ligado com a licitude. “O objeto do contrato, por sua vez, deve ser idôneo, assim considerado aquele lícito (ou seja, não proibido pelo Direito e pela Moral).”¹⁹

O objeto também deve ser possível, sob pena de nulidade. Assim sendo, figura como segundo requisito objetivo a possibilidade jurídica do objeto. Se o objeto for impossível, o negócio jurídico será nulo.

O negócio jurídico também deve conter um objeto determinado ou determinável. O terceiro requisito aduz que deve o objeto ser igualmente determinado e determinável, possibilitando assim, a venda de coisa incerta, mas que poderá ser determinada no momento da execução, devendo esta ser indicada pelo gênero e quantidade.

“Embora não mencionado expressamente na lei, a doutrina exige outro

¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 49

¹⁹ STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil (Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil) Contratos. Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

requisito objetivo de validade dos contratos: o objeto do contrato deve ter algum valor econômico.”²⁰ Qualquer venda que contenha valores irrisórios deve ser desconsiderada pelo direito, pois o valor desprezível não justifica o ajuizamento de ação que vise o adimplemento.

1.2.3 Requisitos Formais

O terceiro requisito de validade do contrato é a forma, que deve ser lícita e não defesa em lei. “Sem uma forma de exteriorização (escrita, oral, mímica), o intento negocial fica encerrado na mente do agente, e não interessa ao direito.”²¹

Segundo Carlos Roberto Gonçalves²², este requisito pode ser dividido em três formas: livre, especial e solene. O contrato será feito de forma livre quando não há na lei disposição específica a cerca da forma a ser adotada.

Também pode ser realizado de forma especial ou solene todas as vezes em que a lei assim exigir, para assegurar sua validade e a autenticidade do negócio jurídico. “Assim, quando a lei impõe determinada forma, o ato não pode ser provado senão quando ela for obedecida. Trata-se da decantada forma prescrita em lei.”²³. Deste modo, garante a livre manifestação da vontade, a demonstração da seriedade do negócio e facilita a sua prova. “Embora não exigida para a maioria dos contratos, a forma escrita é preferida. Sua superioridade sobre a forma verbal é manifesta, principalmente no que diz respeito à prova do contrato.”²⁴

A forma contratual compreende aquelas que derivam da convenção entre as

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

²¹ STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil (Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil) Contratos. Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 18.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume II*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 473.

²⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 52.

partes. Deste modo, através de convenção, os contratantes podem dispor sobre a forma a ser empregada ao contrato.

1.3 Princípios Fundamentais do Contrato

1.3.1 Princípio da Autonomia da Vontade

Segundo este princípio, o contrato nasce da vontade livre. Desde os tempos do direito romano, o homem possui liberdade para contratar. Tal liberdade abrange o direito de escolher contratar ou não, escolher com quem contratar e escolher o que contratar. Este princípio alicerça-se na ampla liberdade contratual, onde os contratantes disciplinam seus interesses através de um acordo de vontades que gera os efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Entretanto, a liberdade de contratar nunca foi ilimitada. O arbítrio de contratar segundo os interesses e conveniências de cada um não é de modo algum absoluto. Este princípio encontra limites nos princípios de ordem pública. A liberdade de contratar “sofre limitações em seus três aspectos: na liberdade de contratar (...) na liberdade de escolher as partes com quem contratar (...) e na liberdade de estabelecer o seu conteúdo”.²⁵

A liberdade de contratar ou não contratar encontra suas limitações nos contratos decorrentes da vida em sociedade, que acabam obrigando as pessoas a cada vez mais realizar contratos de todas as espécies, como compra de alimentos, transporte, fornecimento de bens e serviços públicos.

Outro aspecto da autonomia da vontade que atualmente encontra restrições é a liberdade de escolha de com quem contratar, ou seja, liberdade para a escolha do outro

²⁵ VIEIRA apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

contraente. O próprio Código de Defesa do Consumidor²⁶ possui diversos exemplos de limitações, como a impossibilidade de recusa de atendimento do fornecedor a demanda dos consumidores, dentro do limite de seu estoque. Assim também como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio. “A lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. Nem sempre o Estado mostrou-se bem-sucedido na tarefa.”²⁷

O terceiro aspecto a sofrer limitações das cláusulas gerais é o poder de dispor sobre o conteúdo do contrato firmado. A liberdade para estabelecer o conteúdo do contrato deve estar de acordo com o princípio da função social do contrato e da boa fé objetiva, das normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelas exigências que determinam a supremacia da ordem pública.

O princípio da autonomia da vontade encontra previsão no novo Código Civil de 2002 no art. 421, nestes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Preceitua ainda o art. 425: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. O princípio da autonomia da vontade consiste no poder dos particulares em convencionar segundo seus interesses de autogoverno da sua esfera jurídica, porém, nos limites fixados na lei. “O princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual.”²⁸ É notória a supremacia dos interesses coletivos em face dos individuais.

²⁶ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/09/1990, suplemento.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume II*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 406.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

1.3.2 Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

Este princípio representa a força vinculante das convenções, em essência, significa a irreversibilidade da palavra empenhada. Uma vez que a ordem jurídica possibilita a cada um a liberdade para convencionar, com quem convencionar e o que convencionar, tal liberdade traz consigo o condão de sujeitar em definitivo os agentes. Sendo o contrato válido e eficaz, este vincula os contraentes aos termos do ajuste fazendo lei entre as partes. É o denominado *pacta sunt servanda*. Deste princípio decorre a impossibilidade de alteração unilateral do conteúdo contrato, denominado princípio da intangibilidade do contrato.

Segundo este princípio, o contrato firmado entre as partes, pelo qual ambas manifestaram livremente a sua vontade sobre determinado negócio jurídico com obediência aos requisitos legais, representará uma norma perante os contraentes, que somente desvincular-se-ão do acordo mediante o cumprimento da obrigação acertada naquele contrato, ou outro acordo de vontades. Destarte, a função do princípio em comento é justamente assegurar a segurança nas relações jurídicas.²⁹

A regra geral diz que nem mesmo o juiz pode intervir neste conteúdo, uma vez que o fato acordado entre as partes decorre da manifestação livre e espontânea da vontade. Deste modo, norteador-se pelos preceitos máximos do *pacta sunt servanda*, o juiz não pode alterar aquilo que foi disposto entre as partes e qualquer alteração ou revogação deve ocorrer de forma bilateral:

(...) a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.³⁰

Outro fundamento do princípio da obrigatoriedade dos contratos é a necessidade de segurança nos negócios. A liberdade dos contratantes em cumprir ou não a palavra empenhada acarreta a insegurança jurídica. “Este obrigatoriedade é a base do direito

²⁹ FIUZA, César. *Contratos de Adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.30

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III: Contratos*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15.

contratual. O ordenamento jurídico deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos.”³¹

Inicialmente, a única limitação a este princípio era o descumprimento justificado pelo caso fortuito ou força maior. Porém, após a 1ª Grande Guerra Mundial, ocorreram situações contratuais que ensejaram a relativização deste princípio. “As mudanças por que passou a humanidade no decorrer do século XX, alimentadas por um inimaginável esforço bélico, acentuaram as desigualdades sociais, facilitando a opressão do fraco pelo forte.”³²

Em decorrência da mudança do cenário normal em face deste acontecimento extraordinário, muitas situações contratuais se tornaram insustentáveis em virtude da onerosidade excessiva para um dos contratantes, que se encontrava completamente impossibilitado de cumprir com o pacto firmado.

Com o surgimento dos movimentos sociais que pregavam o combate a exploração econômica, passou-se assim, a aceitar, em caráter excepcional, a intervenção judicial no interior de certos contratos que passaram a padecer de consideráveis desequilíbrios em suas prestações.

A suavização deste princípio não significa a autorização para o seu descumprimento. A intervenção judicial só acontece em casos específicos, não se permitindo o seu uso para questões de pequena relevância, garantindo assim, a segurança nas relações jurídicas. “Passando-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, para corrigir seus rigores ante o desequilíbrio de prestações.”³³

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume II*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 406.

³² STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil (Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil) Contratos. Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.

O próprio Código Civil de 2002 corrobora este entendimento em seu art. 389, ao prever que o descumprimento contratual acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios.

Seguindo ainda a linha de relativização do princípio da obrigatoriedade, o novo Código Civil incorporou em seu conteúdo a cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos de execução continuada e diferida (arts. 478 a 480).

Deste modo, a nova realidade impõe que o princípio da força obrigatória dos contratos deve ser interpretado no sentido da manutenção e continuidade de execução contratual, observando neste novo contexto, as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato. “O *pacta sunt servanda*, nos dias que correm, tornou-se visivelmente menos rígido, da mesma forma como vislumbramos no princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.”³⁴

1.3.3 Princípio da Relatividade dos Contratos

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato funda-se na regra geral de que os efeitos do contrato só atam aqueles que manifestaram sua vontade na produção deste, só se produzem em relação às partes. Não podem prejudicar terceiros ou o seu patrimônio. “Ninguém se submeterá a uma relação contratual, a não ser que a lei o imponha ou a própria pessoa o queira.”³⁵

Seguindo a linha de modelo clássico de contrato, este “só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se

³⁴ STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil (Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil) Contratos. Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção”³⁶

De acordo com os efeitos internos do contrato, ninguém poderia torna-se devedor ou credor de uma relação contratual contra a sua vontade. Razão pela qual o contrato deveria apenas trazer efeitos para os partícipes do negócio.

Assim como disposto no Código Civil de 1916, a regra geral ora exposta concebe suas exceções. O Código Civil de 1916 já previa a obrigação operando entre as partes como entre seus herdeiros, caso esta não fosse personalíssima, previa a realização de convenções coletivas as quais traziam efeitos a toda uma categoria de trabalho e estipulações em favor de terceiros, como seguro de vida e separações consensuais.

O Código Civil de 2002 não trata mais o contrato como apenas um instrumento que visa a satisfação dos interesses daqueles que o convencionam. Reconhece sua função social possibilitando àqueles que possam ser afetados de modo direto ou indireto, influir no contrato mesmo não sendo um dos contratantes. A proteção aos interesses da coletividade e não somente os interesses individuais daqueles que convencionaram o contrato acabaram por atenuar este princípio.

A exceção à regra geral caracterizada como as obrigações que trazem efeitos a terceiros são os chamados efeitos externos do contrato e estão previstos no Código Civil de 2002, nos artigos 436 a 438, assim como as convenções coletivas e fideicomisso constituído por ato *inter vivos*.

O princípio da relatividade dos contratos atinge também o objeto do contrato, não somente as partes contratantes. “O contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge a terceiros.”³⁷ Neste diapasão, o contrato só produzirá efeitos a terceiros nos termos

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 27.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume II*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 407.

previstos pelo legislador.

1.3.4 Princípio do Consensualismo

De acordo com este princípio, para que um contrato seja aperfeiçoado, basta somente o acordo de vontade das partes. “Os sistemas do direito positivo consignaram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes.”³⁸

Assim assinala Caio Mário:

Quando, pois, no limiar da Idade Moderna, um jurista costumeiro, como Loysel, dizia que ‘os bois se prendem pelos chifres e os homens pela palavra’, fazia na verdade, e a um só tempo, uma constatação e uma profissão de fé: testemunhava em favor da força jurígena da palavra em si mesma, e deitava uma regra, segundo a qual os contratos formavam-se, em princípio, solo consensu.³⁹

Neste sentido, um contrato de compra e venda já se encontra perfeito no momento em que as partes acordem sobre o preço e o objeto da transação. Uma vez acertado os termos do preço sobre o bem objeto do contrato, fatores como entrega ou pagamento constituirão a fase do cumprimento das obrigações do contrato e não influenciarão na constituição deste.

A lei deve então, abster-se de estabelecer solenidades que possam conduzir as convenções de vontade, salvo aquelas nas quais seus efeitos tenham tamanha relevância, que tenham a necessidade de disposição em leis de tais solenidades.

“Essa necessidade de garantir as partes contratantes levou, mais modernamente, o legislador a fazer certas exigências materiais, subordinadas ao tema do formalismo (...).”⁴⁰ A obrigatoriedade de inscrição no registro imobiliário para que as

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III: Contratos*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

³⁹ *Ibidem*. p. 18.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

promessas de compra e venda com execução específica com eficácia real e a necessidade de registro na alienação fiduciária em garantia são exemplos dos requisitos formais previstos pelo legislador.

A regra geral é a do aperfeiçoamento dos contratos através do consensualismo, e o formalismo figura assim, como a sua exceção. “Diz-se que o acordo de vontades é o elemento que impulsiona a relação jurídica, de forma que o vínculo obrigacional representa o resultado jurídico do livre arbítrio dos agentes.”⁴¹

1.3.5 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da autonomia da vontade não é absoluto. Ele encontra as suas limitações nas normas de ordem pública, entendendo-se assim que o interesse da coletividade dever prevalecer em confronto com os interesses dos contratantes.

Com o processo de industrialização do início do século passado e o constante desequilíbrio gerado pelas desigualdades no momento de contratar gerados pela exploração econômica dos mais fracos, surgiram os movimentos sociais em prol dos direitos dos explorados. Era necessária a intervenção estatal para se alcançar a igualdade entre os contratantes.

Passou-se então a edição de leis que pudessem garantir a supremacia da ordem pública e o respeito à moral e aos bons costumes. Leis como a Lei do inquilinato, a Lei da Usura, a Lei da Economia Popular e o Código de Defesa do Consumidor, tiveram sua origem neste momento histórico.

Concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato, e estabelecer condições de execução, coativamente impostas, caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 14

como se fosse a declaração volitiva do interessado.⁴²

A noção de ordem pública assim como de bons costumes é dotada de uma imensa carga de subjetivismo. O legislador reservou aos tribunais a missão de avaliar a ameaça ou não à ordem pública.

De nenhuma forma os princípios de ordem pública podem ser alterados por convenções particulares. A ordem pública é uma cláusula geral.

A doutrina considera de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas de organização econômica; os preceitos fundamentais do direito do trabalho.⁴³

São essas as leis que põem limite a liberdade individual em nome do bem coletivo e da estrutura política, social e econômica da nação.

1.4 Novos Princípios Contratuais

Anteriormente, o direito civil era tratado por muitos juristas como um ramo do direito distante do direito constitucional. Há mais de dois mil anos, foi considerado imune às vicissitudes históricas, pouco importando que tipo de constituição fosse adotada. Atualmente, não se busca tratar o direito civil como um ramo distinto e até contraposto à Constituição jurídico-positiva. Há uma unidade hermenêutica em que, deve-se aplicar a legislação civil tendo a Constituição como norte para esta aplicação.

Porém, esta influência da constituição frente ao direito civil somente foi alcançada recentemente. “O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviriam para a consolidação dos vários ramos do direito público,

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III: Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 28.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução.”⁴⁴ É possível afirmar que houve uma constitucionalização do direito civil em que, seus princípios fundamentais sofreram um processo de elevação ao plano constitucional.

As primeiras constituições cumpriam sua função de delimitação do Estado mínimo, pois não traziam consigo nenhuma regulamentação sobre as relações privadas. O Estado liberal tinha como valor necessário a garantia da propriedade privada, prevalecia o interesse individual. Tal modelo prezava pela liberdade e igualdade jurídicas, que eram incorporadas no rol de direitos das pessoas humanas. A pessoa era livre para deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos e sem a interferência do Estado, salvo os contrários aos bons costumes e a ordem pública.

Ao Estado restou dispor sobre as liberdades privadas no plano infraconstitucional, para sujeitos de direitos formalmente iguais, mas que possuíam desigualdades reais. A codificação liberal e a ausência da constituição econômica geraram a hegemonia dos mais fortes. A exploração da liberdade deu ensejo a exploração dos mais fracos pelos mais fortes, o que gerou uma série de conflitos que acabaram redundando no advento do Estado social.

As condições de sobrevivência do Estado liberal perduram no Brasil até o advento da Constituição social de 1934. “A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emergência de novos direitos, para que a codificação se apresentou inadequada.”⁴⁵ A ideologia social passou a trazer valores de justiça social ou distributiva, dando acesso a todos aos bens produzidos pela economia. O Estado social regula, através da Constituição, a ordem econômica e social, fazendo prevalecer o interesse coletivo. Assim, todos os temas sociais juridicamente relevantes foram

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 05/02/2011.

⁴⁵ *Ibidem*.

constitucionalizados. Ao contrário do Estado liberal, os setores da vida privada passaram a ser controlados pela intervenção pública a fim do interesse coletivo.

Com este novo cenário de valoração dos interesses coletivos frente aos individuais e o advento do Código Civil de 2002, novos princípios contratuais surgiram. Estes novos princípios não anulam ou substituem os anteriores, mas os complementam e os regulam. Nenhuma regra será interpretada isoladamente ou de modo que possua hegemonia sobre a outra. Deve-se encontrar o sentido harmônico de ambas as regras, pois estas possuem semelhante dignidade constitucional.

1.4.1 Função Social do Contrato

O Código Civil de 2002 afastou a concepção individualista presente no diploma anterior, valorizando os interesses coletivos em detrimento dos individuais sem, no entanto, ferir os valores fundamentais da pessoa humana. Esta nova visão norteada pelo sentido social alcançou não somente o direito contratual como também os outros ramos do direito privado.

A função social, no que concerne aos contratos, guarda semelhança com a função social da propriedade prevista na Constituição Federal. O direito de propriedade deve ser exercido em conformidade com a função social limitando a liberdade contratual às regras desta. “A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia de vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.”⁴⁶

O art. 421 do Código Civil expressa a garantia fundamental dos indivíduos e da

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

coletividade prevista no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal⁴⁷, que traz como função do contrato, dentre outras, uma forma de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Possibilita a circulação e transferência da riqueza, de um patrimônio para o outro, sendo este atual ou potencial. “O contrato é a veste jurídico formal de operações econômicas.”⁴⁸

A função social deve ser analisada diante da liberdade contratual. Deste modo, o “conceito de função social do contrato significa que o legislador pretende, sem prejudicar a autonomia da vontade, garantir o equilíbrio contratual e preservar o interesse da sociedade quando em contraste com o interesse individual”.⁴⁹

Contudo, a função social do contrato não deve ser considerada tão somente como uma restrição à liberdade contratual. Ela integra o próprio conceito de contrato e “tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma exceção a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito.”⁵⁰ Esta deve ser usada não somente nas interpretações do contrato, mas de igual forma na sua integração e na concretização das normas pactuadas.

1.4.2 Boa-fé Objetiva

O novo sistema civil implantado como o advento do Código Civil de 2002 traz mudança nas formas de solução dos casos. Anteriormente seguia as diretrizes individualistas, privilegiando os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos. O atual sistema traz novos institutos baseados nos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade, que mudaram as características dos princípios fundamentais dos contratos. Tal assertiva é verificada nos novos institutos incorporados: a lesão, o estado de perigo, a

⁴⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DOU de 05/10/1988.

⁴⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: ed. Almedina, 1988. p. 11.

⁴⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral e contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 57.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos a atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 6.

onerosidade excessiva, a função social dos contratos como preceito de ordem pública e, principalmente, a boa-fé e a probidade.

A boa-fé preceitua que as partes devem se comportar em todas as fases do contrato de forma correta, seja durante as tratativas preliminares, formação ou em seu cumprimento. Impõe um padrão de conduta de retidão, honestidade e probidade do homem comum, respeitando as peculiaridades dos usos e costumes.

Assim, a boa-fé trazida pelo Código de 2002 é a boa-fé objetiva, não mais a boa-fé subjetiva presente no Código Civil de 1916, onde era necessário avaliar subjetivamente a conduta do agente, adentrando em uma concepção psicológica, baseando-se em uma crença ou em uma ignorância.

A boa-fé objetiva é uma regra de conduta que se transformou em cláusula geral e, portanto, fonte de direitos e obrigações. “Não é possível catalogar ou elencar, *a priori*, as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.”⁵¹ Assim sendo, as partes devem agir coerentemente com as regras da boa-fé mesmo não estando expressamente consagradas em lei.

A boa-fé objetiva possui função interpretativa, limitadora e integradora. A primeira é fonte de deveres anexos a relação contratual que nascem em decorrência deste princípio (art. 113, CC). A função limitadora limita os direitos subjetivos advindos da autonomia da vontade que, embora lícitos, possam ser abusivos (art. 187, CC). A função integradora do negócio jurídico aduz que os contratantes devem guardar os princípios de probidade e boa-fé tanto na execução como na conclusão do contrato (art. 422, CC).

É tratada pelo Código Civil de 2002 nos artigos 113 (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), 187

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

(“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”) e, de forma principal e com maior repercussão, no art. 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”)

O art. 422 é uma norma legal aberta onde cabe ao juiz analisar confrontando o comportamento efetivamente realizado ao que deveria ter sido adotado considerando a lealdade, confiança e probidade, dentro dos usos e costumes da realidade analisada. Será ilícita a conduta que for contrária ao modelo analisado, pois ferirá a cláusula geral de boa-fé objetiva.

1.4.3 Equidade

O princípio do equilíbrio econômico do contrato ou princípio do sinalagma, embora não esteja expressamente previsto como os dois primeiros novos princípios contratuais, encontra-se consagrado no ordenamento jurídico em diversos dispositivos.

Tal princípio é inspirado no princípio da isonomia e busca a equivalência das obrigações entre as partes, não de forma utópica, visando uma igualdade real, mas visando se aproximar as condições dos contratantes tutelando aquele que se encontra em posição inferior.

O princípio da equidade pode ser claramente encontrado principalmente em dois microssistemas jurídicos, tendo forte influencia na construção destes: nas disciplinas de proteção aos direitos dos trabalhadores e dos consumidores. Tais ramos do direito requerem a tutela jurídica a fim de igualar as condições fáticas dos sujeitos, impondo-lhes um tratamento diferenciado para se atingir a equivalência material.

No Código Civil de 2002, está claramente presente nos artigos 478 e 480, que tratam da resolução contratual por onerosidade excessiva em um de seus requisitos é a quebra do equilíbrio contratual, no artigo 157, que disciplina o instituto da lesão e a possibilidade de anulabilidade do contrato, e nos artigos 423 e 424, que aduzem a respeito do contrato de adesão.

2 A ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE

A forma de extinção natural de um contrato é através de seu cumprimento, porém, este pode ser afetado por circunstâncias novas que surjam em seu curso. Os contratos visam sempre uma situação futura e quando elementos inusitados impedem o seu cumprimento, as partes podem recorrer a institutos que possibilitam a resolução ou a revisão contratual. Porém, o princípio da obrigatoriedade dos contratos não poderá ser violado por pequenas dificuldades ou fatores externos facilmente previsíveis. Uma das causas que podem impedir a extinção do contrato de maneira natural inviabilizando o seu cumprimento é a onerosidade excessiva.

A onerosidade excessiva traz uma grave perturbação do equilíbrio frustrando o fim contratual. Esta perturbação deve ser afastada para que não ocorra a impossibilidade de cumprimento da obrigação. A execução excessivamente onerosa pode levar à extinção do vínculo contratual ou à sua modificação.

Ainda que haja diferença nos diversos dispositivos que abrangem a onerosidade excessiva superveniente (artigos 317, 478 e 480 do Código Civil de 2002 e a parte final do artigo 6º, V, da Lei nº 8.078/1990), há, porém, requisitos comuns em todos eles. O primeiro é que se trate de um contrato de duração, ou seja, contrato de execução continuada ou diferida no tempo. Necessitam de um tempo para que as obrigações sejam cumpridas. O momento da celebração é diferente do momento da execução das obrigações.

Só há de se falar em onerosidade excessiva superveniente se as obrigações ainda estão sendo executadas. O fato superveniente deve atingir o contrato em sua fase de execução para que seja acionado o instituto da onerosidade excessiva superveniente, porém, pode-se acionar este instituto posteriormente a execução da prestação. Nada impede que o contrato seja cumprido e o instituto corretor seja acionado após sua execução. Não é

necessário que a execução do contrato seja parada imediatamente. A continuidade da execução em alguns casos poderia preservar interesses maiores de coletividade, como é o caso dos contratos administrativos.

Deste modo, parece contraditório o fato de que mesmo com o surgimento da onerosidade excessiva a prestação tenha sido cumprida, não padecendo assim, de nenhum desequilíbrio contratual. Porém, para a execução deste contrato a parte pode ter suportado um extremo sacrifício não coberto pelos riscos do contrato, ocorrendo que a outra parte se beneficiaria de uma enorme vantagem pelo fato do contrato não ter sido paralisado. O fato superveniente não gera uma impossibilidade da execução da prestação, mas um desequilíbrio contratual que onera de forma excessiva a parte de forma não contemplada pelo risco do contrato.

O segundo requisito é que o fato seja superveniente. Há elementos comuns da onerosidade excessiva superveniente que devem sempre estar presentes. O primeiro é o de que o fato não pode ser imputável a nenhuma das partes, não ter ligação com nenhuma conduta dos contratantes. O segundo é que haja nexos causal entre o fato superveniente e a onerosidade excessiva. Terceiro, para que seja considerado o fato superveniente, este deve estar fora do risco próprio do contrato.

Em geral, o fato gerador da onerosidade excessiva superveniente deve ser imprevisível e extraordinário. Porém, há casos em que não há esta exigibilidade, como o caso do art. 6º, inciso V do CDC⁵². Para os outros casos, o Código Civil vai destacar a sua imprevisibilidade e extraordinariedade como qualificação para este fato.

Conforme preceitua Paulo Khorí⁵³, há somente a exigência de uma alteração

⁵² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

⁵³ KHOURI, Paulo R. Roque A. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 54.

anormal para o direito português⁵⁴, e o direito italiano⁵⁵ utiliza-se de forma igual às expressões imprevisível e extraordinário.

A primeira questão para o direito brasileiro é se a imprevisibilidade e a extraordinariedade são equivalentes. “Dentro de uma visão subjetivista, voluntarista, o anormal, o extraordinário pode ser previsível. É subjetivamente previsível, v.g., a ocorrência de acontecimentos anormais, extraordinários, como guerras no Iraque, terremotos no Japão, furacões na Flórida, etc.”⁵⁶ Entretanto, numa visão objetiva, é normal que as partes deixem de prevê-los no contrato, mesmo diante da previsibilidade, exatamente porque são extraordinários. O extraordinário é objetivamente imprevisível, pois as partes não sabem de antemão as consequências que ele trará ao contrato. Pode, ainda, o fato extraordinário não ter nenhuma repercussão na execução contratual, fazendo com que sua ocorrência não acarrete nenhuma consequência ao contrato.

Deste modo, mesmo sendo subjetivamente previsível, não se pode afastar o acionamento do instituto a ocorrência de um fato extraordinário que afete gravemente o equilíbrio contratual. A imprevisibilidade encontra-se fora do controle da vontade das partes. “Numa perspectiva objetiva, a vontade não tem praticamente nenhuma contribuição para prestar na qualificação dos acontecimentos.”⁵⁷

O fato deve também estar fora do risco próprio do contrato. Estando abarcado

⁵⁴ “Art. 437º do Código Civil Português:

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

⁵⁵ “Art. 1.467 do Código Civil italiano: Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero esecuzione differita, se la prestazione di una delle parte 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 dell’art 1.458. La risoluzione non può essere domandata se la soppravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contra la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

⁵⁶ KHOURI, Paulo R. Roque A. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 54.

⁵⁷ Ibidem. p. 55.

pelo risco contratual não se deve falar no acionamento do instituto.

Risco próprio ou ordinário do contrato é o risco que as partes automaticamente assumem ao contratar. O risco extraordinário é aquele que não pode ser assumida pela parte lesada individualmente, seja pela natureza do contrato ou por outra circunstância da contratação.

Os riscos próprios são repartidos de forma igualitária entre os contratantes em um contrato de duração. Estes riscos sofrem alteração de acordo com o tipo contratual e suas particularidades ou quando a própria lei fixa a distribuição desigual destes na execução das obrigações. Deste modo, os riscos contratuais são naturalmente diversos nos contratos gratuitos e onerosos, comutativos e aleatórios.

No contrato de duração a obrigação das partes será cumprida no futuro e somente a partir da identificação dos riscos contratuais haverá condições de se classificar o fato superveniente como extraordinário ou imprevisível. Um fato superveniente coberto pelo risco do contrato não pode ser classificado como extraordinário, por mais inusitado que seja.

O risco próprio do contrato não pode ser qualificado como requisito do instituto da onerosidade excessiva superveniente. É somente critério para a avaliação da relevância do fato superveniente. Porém, este elemento permitiu a doutrina afastar a vontade das partes na solução do problema. Consoante o entendimento dos voluntaristas acerca do problema, a qualificação do fato como extraordinário e imprevisível se dava através da vontade das partes no momento da celebração do contrato. Um fato, por ser subjetivamente previsível, impediria o acionamento do instituto, visto que, as partes poderiam ter tomado medidas para evitá-lo e não o fizeram.

Apesar do Código Civil silenciar quanto à questão, não pode o devedor em mora se beneficiar do instituto da onerosidade excessiva superveniente. Aquele que se encontra em mora assume todos os riscos relativos à obrigação e não pode se valer da

proteção por fato superveniente. O contratante em mora assume os riscos integrais da execução do contrato, riscos próprios ou impróprios, ordinários ou extraordinários. Se o devedor não estivesse em mora o fato superveniente não o atingiria. A transferência integral dos riscos ao contratante moroso representa uma penalidade legal pelo por não cumprir pontualmente a sua obrigação.

Entretanto, se o fato causador da onerosidade excessiva for anterior ao seu estado de mora, em face da absoluta ausência denexo causal entre a conduta da parte morosa e o agravamento da prestação, pode esta valer-se do instituto protetor. Visto que, o dano sobreviria mesmo que a obrigação tivesse sido adimplida, como bem estabelece o artigo 399 do Código Civil.⁵⁸

Para efeito da autorização do acionamento do instituto da onerosidade excessiva superveniente, a relevância da mora deve estar no nexo causal entre a conduta do contratante e o fato superveniente.

Nenhuma relevância terá o fato superveniente, se não trouxer consigo uma onerosidade excessiva. Esta figura como o terceiro requisito. A onerosidade excessiva é a repercussão do fato superveniente que deve existir na obrigação contratada para o devido acionamento do regime geral. Revela assim, uma grave dificuldade da parte em cumprir com o pactuado. É a patologia que atinge a obrigação contratual durante a sua execução e, para proteger os interesses dos contratantes, deve ser afastada. Ambos podem ter os seus interesses afetados pelo fato superveniente. Para o credor, isto ocorre quando a prestação a que tem direito sofre dura redução de seu valor patrimonial. Para o devedor, ocorre quando o valor real de sua prestação é substancialmente elevado.

Apesar da linha que separa a onerosidade excessiva e a impossibilidade da

⁵⁸ “Art. 399 do CCB: O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

prestação ser tênue, estas não podem ser confundidas. A impossibilidade da prestação, seja absoluta ou relativa, será gerada pela destruição material do objeto. Uma interpretação apressada poderia conduzir a onerosidade excessiva ao regime da impossibilidade da prestação. Apesar de superada no campo doutrinário, essa confusão ainda persiste no domínio da realidade dado à proximidade dos dois institutos. Isso ocorre, pois tanto o fato extraordinário e imprevisível quanto o caso fortuito ou de força maior, também devem ser inimputáveis à parte lesada. Ademais, os dois institutos também podem conduzir à desvinculação contratual.

Se no momento da celebração do contrato a prestação não for mais possível por fatos alheios à vontade dos contratantes, há uma impossibilidade absoluta originária a qual se manifesta como um defeito de nulidade dos negócios⁵⁹. Esta impossibilidade originária não se aproxima da onerosidade excessiva, pois o seu vício está na celebração do contrato. A que se aproxima a tal instituto é a impossibilidade superveniente à celebração do contrato. Aquela que surge no momento da execução das obrigações pactuadas.

A impossibilidade superveniente se apresenta em duas formas. A primeira é a forma absoluta ou objetiva, que atinge qualquer devedor em situação semelhante. A segunda é a forma relativa ou subjetiva, que é relativa somente à pessoa daquele devedor.

Quando uma obrigação não pode ser cumprida por fatores alheios à vontade das partes, o vínculo contratual será desfeito. Esta impossibilidade deve estar ligada a um fato totalmente fora do controle do contratante. A questão é saber se a impossibilidade superveniente é imputável ao devedor. Se imputável, não é autorizada a desvinculação contratual do devedor. Se inimputável for, o vínculo será desfeito.

A impossibilidade superveniente sempre deverá ser objetiva e absoluta: objetiva porque atinge a todos indistintamente e absoluta porque, ainda que as partes queiram cumprir o contrato, ele não pode mais ser

⁵⁹ “Art. 166, III, do CCB: É nulo o negócio jurídico quando:
II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.”

cumprido.⁶⁰

Diante da resolução por onerosidade excessiva, o ato ou fato que a gera não é produto de caso fortuito ou de força maior. Se assim fosse, não haveria sentido da existência deste instituto, pois para estes casos, o vínculo contratual se desfaz nem maiores preocupações. A onerosidade excessiva superveniente não se confunde com a impossibilidade absoluta superveniente. Apesar de possuírem pontos em comum, como gerar a desvinculação das partes ao contrato, estes dois institutos possuem características próprias. Na impossibilidade absoluta, mesmo que o contratante deseje cumprir a prestação, não poderá, pois a impossibilidade atua diante dele de forma absoluta.

No regime da onerosidade excessiva, a prestação será materialmente possível, porém, estará carregada com uma grave impossibilidade econômica. Tal fato gera um desequilíbrio contratual na relação e a parte lesada busca a resolução ou modificação do contrato. A onerosidade excessiva não é uma simples dificuldade, porque esta pertence ao risco próprio do contrato, ela significa uma grave dificuldade econômica resultante do desequilíbrio contratual. Mesmo que este obstáculo econômico não atue de forma absoluta, não poderá de nenhuma forma ser imputável ao devedor.

A onerosidade excessiva é uma impossibilidade relativa, pois esta ainda pode ser materialmente executada. “Não tratamos da impossibilidade do cumprimento obrigacional, mas de uma dificuldade extrema em obrigações possíveis.”⁶¹

Assim como a onerosidade excessiva, a impossibilidade relativa requer muito mais avaliação do julgador. Somente após uma criteriosa avaliação o julgador poderá, ou não, liberar o devedor do vínculo contratual. O ponto chave para a distinção entre os dois institutos é que a dificuldade surgida através da onerosidade excessiva por fato superveniente não

⁶⁰ KHOURI, Paulo R. Roque A. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 68.

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 222.

impede o cumprimento da obrigação. É caracterizada como um obstáculo econômico e não material.

Na impossibilidade em si, o objeto da obrigação foi materialmente destruído. No fato superveniente ensejador da onerosidade excessiva, a consequência imediata é a perda do equilíbrio contratual, e não a destruição da prestação. Na impossibilidade não pode haver nenhuma onerosidade excessiva decorrente de caso fortuito ou força maior; simplesmente a obrigação não é cumprida porque não pode ser cumprida.⁶²

O ponto que aproxima os dois institutos é exatamente o da inimputabilidade do descumprimento da prestação. No caso da onerosidade excessiva por fato superveniente, o devedor não estará em mora nem responderá por perdas e danos, posto que, o fato extraordinário ou imprevisível causador do desequilíbrio deve estar fora de sua esfera de influência.

A onerosidade trazida pela norma não está ligada apenas com o contrato oneroso, com o sacrifício patrimonial de ambas as partes ou contratos de prestações recíprocas. O desequilíbrio contratual não se configura somente com a perturbação entre a prestação e a contraprestação. A excessiva onerosidade gera uma desproporção ou desequilíbrio contratual que pode atingir qualquer relação obrigacional, onerosa ou gratuita. Todo contrato pode ser atingido por esse desequilíbrio. “Todo contrato, seja ele, gratuito ou oneroso, comutativo ou aleatório, traz em si uma idéia de equilíbrio, o qual, uma vez rompido de forma flagrante, acaba por ensejar uma onerosidade excessiva, que deve ser eliminada, seja com a resolução do vínculo contratual, seja com a sua modificação”.⁶³

O instituto protetor da onerosidade excessiva superveniente pode ser acionado mesmo quando a prestação em si não se tornou mais cara, mais onerosa, no sentido estrito do termo. Esta pode continuar com o mesmo valor nominal, porém, o fato superveniente impede a realização do fim contratual. O conhecimento e concordância não podem ser alheios à parte

⁶² KHOURI, Paulo R. Roque A. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 71.

⁶³ *Ibidem*.

contra a qual se invoca o regime geral da onerosidade excessiva superveniente.

A onerosidade excessiva compreende, portanto, as situações de substancial desequilíbrio contratual que afetam a prestação em si e aquelas cujo desequilíbrio afeta a própria finalidade do contrato.⁶⁴

Este instituto pode estar presente também quando a execução do contrato se mostra inapta à finalidade para qual foi celebrado. Forçar a parte a cumprir a prestação, realizando o sacrifício econômico, importa obrigá-la a realizar um ato do qual não lhe advirá benefício algum. A finalidade negocial deve ser comum às partes e com a incidência de tal fato superveniente, ocorrerá excessiva onerosidade. Como a modificação contratual pressupõe comum interesse das partes, esta não se aplica a frustração do fim negocial. O interesse não existe mais e o remédio será a extinção do contrato.

A simples frustração da expectativa de uma das partes em relação ao contrato não autoriza a resolução por onerosidade excessiva. Esta frustração está inserida no risco próprio das partes. A finalidade contratual não se encaixa no risco exclusivo de somente uma das partes, mas de ambas. A finalidade contratual deve ser declarada expressamente no contrato ou estar compreendida explicitamente no conteúdo contratual. Para que ocorra a acionamento do instituto protetor, é necessário que a finalidade contratual seja reconhecida e assumida por ambas as partes.

Além das condições elencadas, o legislador também vinculou o instituto da onerosidade excessiva à ocorrência da extrema vantagem para a outra parte. Em decorrência da excessiva onerosidade, o outro contratante deve ter um considerável aumento patrimonial. Trata-se do enriquecimento indevido da parte que não sofreu as conseqüências da onerosidade.

A alteração superveniente deve ser a responsável pelo agravamento da prestação, de tal forma que, se prevista, teria levado os contratantes a não concluírem o contrato acarretando enriquecimento injusto e desmedido para o outro contratante, ou seja, onerosidade excessiva para

⁶⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 74.

um dos contratantes e benefício exagerado para o outro.⁶⁵

Como formas para resolver o problema da resolução contratual em decorrência da onerosidade excessiva superveniente são apresentadas diferentes possibilidades em consonância com o nosso ordenamento jurídico. A primeira é utilizada somente para as relações de consumo, estando prevista no Código de Defesa do Consumidor. A segunda forma encontra-se presente no Código Civil de 2002, através das variações dos artigos 317 e 478. Por fim, também é possível a resolução contratual tendo como fundamento a aplicação dos princípios orientadores das relações contratuais.

2.1 Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

A cláusula *rebus sic stantibus* dispõe que os contratos de trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos “das coisas como estão”.

Apresenta-se com roupagem moderna, sob o nome de teoria da imprevisão, tendo sido construída pela Doutrina, com o intuito de abrandar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação.⁶⁶

A cláusula visa a proteção do contratante que tenha afetada a sua situação de tal modo, que seja inviável o adimplemento de sua obrigação. “A cláusula *rebus sic stantibus* protege uma das partes do contrato, quando há a impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida, por brusca alteração da situação inicial, em que o contrato nasceu.”⁶⁷

A cláusula é considerada como presente em todos os contratos de cunho sucessivo, ainda que não expressamente contratada.

Temos que é a cláusula considerada ínsita nos contratos,

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 221.

⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos*. Superior Tribunal de Justiça, Doutrina, Edição comemorativa, 20 anos, 2009. p. 335.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 336.

significando, que, nas convenções que geram obrigações sucessivas ou dependentes do futuro, o seu cumprimento ficaria condicionado à permanência do estado de fato contemporâneo da formação do vínculo.⁶⁸

A resolução por onerosidade excessiva tratada no CDC será aplicável às relações de consumo e está prevista no art. 6º, V do CDC.

Seu primeiro requisito é ocorrência em contratos de execução continuada, diferida e contratos aleatórios. Restringe-se a contratos bilaterais comutativos e unilaterais onerosos. Pode ser aplicado também aos contratos aleatórios desde que contenha um risco inato, não sendo um dos riscos próprios do contrato.

O segundo requisito é a onerosidade excessiva do consumidor. Pode ser entendida como a extrema dificuldade em adimplir a prestação a ponto de comprometer o devedor de tal modo que comprometa até mesmo a sua dignidade. O julgador deve analisar a onerosidade excessivamente objetivamente, verificando se a mencionada onerosidade afetaria somente o devedor de *per si*, ou toda e qualquer pessoa que se encontre em sua posição.

Como terceiro requisito é necessário que o fato seja superveniente. Deste modo, será qualquer acontecimento posterior a celebração do contrato que onere excessivamente a parte, não sendo causado pelo consumidor. No CDC, não é preciso que o fato seja anormal ou imprevisível.

A resolução contratual somente ocorrerá se a revisão se mostrar insuficiente. O CDC traz o princípio da conservação do contrato implícito no art. 6º, V, parte final, e explicitamente expresso no art. 51, § 2º. A sentença que determina a revisão tem efeito *extunc*, retroagindo até a data do surgimento do fato que gerou a onerosidade excessiva. Cabe ao julgador analisar a conveniência ou não da revisão contratual.

Os requisitos da resolução contratual fundamentando-se na cláusula *rebus sic stantibus* são mais fáceis de serem preenchidos, em decorrência de não haver necessidade de

⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 214.

provar a imprevisão do fato. O requisito da imprevisibilidade, existente na teoria da imprevisão, não é uma das exigências do instituto previsto no CDC, o que aumenta consideravelmente a sua aplicabilidade. Este benefício justifica-se em razão da proteção oferecida por este microssistema a fim de aproximar o consumidor buscando igualar as condições deste com os fornecedores nas relações contratuais.

Na ânsia de prover as exigências pessoais ou familiares – portanto, sob pressão da necessidade - os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo de regras para a sua celebração, de que dispõem as grandes empresas, face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas. A vontade individual fica comprimida; evidencia-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se esta à aceitação pura e simples, em bloco, do negócio.⁶⁹

Esta condição de hipossuficiência do consumidor é que legitima a aplicação do instituto protetor independente se as razões causadoras foram previsíveis ou não. Ocorre assim, a mitigação do princípio *pacta sunt servanda* em face da natureza protetora do CDC, que diante da vulnerabilidade de que se reveste o consumidor, estabelece garantias protetoras a fim de igualar o hipossuficiente ao fornecedor, sempre em posição mais forte nesta relação, seja em razão de conhecimento técnico ou poderio econômico.

2.2 Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão é definida então como forma de resolução dos contratos. Atualmente esta teoria é chamada de teoria da onerosidade excessiva, porém, antes desta denominação, diversos autores abordaram esta questão.

No direito italiano, apesar de vozes dissonantes que admitem o uso da excessiva onerosidade para fins de revisão judicial dos contratos, o entendimento que prevalece é o da resolução contratual.

⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 2.

Seguindo as lições de Francesco Messineo:

Exige-se, para o reconhecimento da excessiva onerosidade, a decisão judicial que admita a resolução do contrato. Deve o requerente fazê-lo antes de descumprir suas obrigações, pois se assim não o fizer estará abrindo margem à invocação da *mora debendi*.⁷⁰

Para Emílio Betti:

No caso de, posteriormente, vir a ser perturbado o equilíbrio entre as respectivas prestações, pela superveniência de eventos extraordinários imprevisíveis que tornem uma das prestações excessivamente onerosa, segundo o critério-limite da álea inerente ao tipo de contrato, cabe ao contraente, cuja razoável expectativa haja sido iludida, em vez da rescisão do contrato, a resolução da relação contratual nos termos do art. 1.467.⁷¹

No direito português, a excessiva onerosidade não gera a extinção ou a suspensão do contrato, pois ainda há a possibilidade de cumprimento da obrigação, ainda que com grave sacrifício de legítimos interesses. Deste modo, o devedor tem o direito à resolução ou à revisão do contrato.

Aduz Inocêncio Galvão Teles:

A prestação, sem chegar a impossibilitar-se, torna-se de execução muito difícil ou gravosa, seja sob o aspecto econômico ou não. Isso acontece porque se dá uma alteração bastante sensível das circunstâncias existentes quando a obrigação se constituiu. Alguma ou algumas dessas circunstâncias sofreram modificação assaz relevante e tal modificação repercutiu-se na dificuldade ou onerosidade da prestação devida, pois esta passou a exigir, para ser cumprida, muito maiores esforços ou sacrifícios. Deu-se o encarecimento vultoso dos materiais ou dos salários e daí resultou o acentuado desequilíbrio econômico do contrato (...)⁷²

O caso português é uma variação à excessiva onerosidade pensada inicialmente pelos italianos, pois prevê uma colocação diversa da resolução.

A teoria da imprevisão encontra-se fundada nos seguintes pressupostos: a existência de fatores imprevisíveis que alteram o equilíbrio contratual e que não podiam ser

⁷⁰ MESSINEO Apud RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 87.

⁷¹ BETTI Apud RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 88.

⁷² TELES Apud RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 89.

previstos ao tempo da celebração; a excessiva onerosidade para um dos contratantes e o enriquecimento sem causa ao outro; que ocorra a impossibilidade real da prestação e não a mera dificuldade econômica.

O instituto da resolução por onerosidade excessiva busca alcançar o justo equilíbrio do contrato, também chamado de Justiça Contratual, representando uns dos princípios do direito contratual – o princípio do equilíbrio econômico do contrato.

Doutrinariamente, o princípio do equilíbrio econômico do contrato alberga duas vertentes, sendo uma referente à formação do contrato e, nesse viés, resulta como corolário o instituto da lesão e uma segunda vertente referente à execução do contrato e, nesse viés, resulta como corolário o instituto da resolução por onerosidade excessiva, ora em comento.⁷³

Este instituto não foi previsto pelo Código Civil de 1916 e foi apresentado como uma grande inovação do novo Código Civil. Porém, para alguns doutrinadores, seu aparecimento representa um grave retrocesso.

Está previsto no Código Civil de 2002 nos arts. 317, 478, 479 e 480. A teor do art. 478 do CC/2002, a doutrina estabelece os requisitos necessários para a aplicação do instituto.

O primeiro requisito é que o contrato deve ser de execução continuada ou diferida. Deste modo, deve ocorrer em contratos de execução continuada ou sucessiva, que se cumprem por atos reiterados em que a prestação seja cumprida continuamente, e também em contratos de execução diferida, que são cumpridos em um só ato, mas em um momento futuro. Sendo assim, não há aplicação aos contratos de execução instantânea e aos contratos aleatórios.

A ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis figura com o segundo requisito. São acontecimentos que não puderam ser previstos pelos contratantes no momento da celebração do contrato. Estes acontecimentos não podem ser exclusivamente

⁷³ HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo código civil: uma quimera jurídica? Revista de direito privado. *Revista dos tribunais*, Ano 4, n.16, out-dez. 2003. p. 149.

subjetivos nem devem ser tomados por quaisquer vicissitudes, devem possuir relevância na execução contratual. Também não podem estar inseridos no risco próprio do contrato.

Um fato será extraordinário e anormal para um contrato quando se afastar do curso ordinário das coisas. Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem. Não podemos atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade da sua ocorrência.⁷⁴

O terceiro requisito é a prestação onerosa excessivamente para uma das partes. É a alteração da prestação de modo tão grave que significará ao contratante um enorme sacrifício o seu adimplemento, comprometendo a viabilidade econômica do contrato.

Como quarto requisito figura a extrema vantagem para a outra parte. Trata-se do enriquecimento indevido da parte que não sofreu as consequências da onerosidade excessiva, ocorrendo um considerável aumento patrimonial em decorrência do fato.

O acionamento do instituto da resolução por onerosidade excessiva com o fundamento nos artigos 478 e 480 do Código Civil através da teoria da imprevisão só ocorrerá com a existência destes requisitos supracitados simultaneamente, o que pode significar de algum modo, uma enorme dificuldade, e inviabilizaria em quase todos os casos concretos a sua execução. A exigência de fatos extraordinários e imprevisíveis mitiga a aplicação da resolução contratual por onerosidade excessiva. O Direito não suporta o enriquecimento sem causa, independentemente se foi causado por fato imprevisto ou imprevisível.

A Teoria da Imprevisão também está prevista no artigo 317, porém, de forma distinta do disposto nos artigos 478 e 480. O artigo 317 estabelece que: “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.”

A lei permite que, desde que requerida pela parte, o juiz realize a devida

⁷⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 2, p. 465.

correção diante da desproporção entre os valores da dívida e de sua execução, em face da ocorrência de acontecimentos imprevisíveis.

Como se percebe, o núcleo duro da revisibilidade das prestações na relação entre dois conceitos antagonicamente gemelares, o equilíbrio, de um lado, e a desproporção manifesta, de outro, causador de uma excessiva onerosidade para um dos contraentes, causada por um fator externo, não imputável às partes e que vem a refletir na própria prestação, considerada no momento do pagamento.⁷⁵

Tratam-se de regras de revisão judicial que possibilitam a correção do valor a ser pago em dinheiro. São regras destinadas a moderar o princípio do nominalismo monetário, com a finalidade de assegurar o valor da prestação.

Porém, este dispositivo não pode ser usado nas hipóteses de onerosidade excessiva dos artigos 478 e 480, pois esta correção é feita:

(...) mediante os requisitos legais que alinha: (i) motivos imprevisíveis e (ii) desproporção entre o valor da prestação pactuada e o devido no momento da execução. Daí porque não se pode estender a incidência da regra prevista no art. 317 do CC/2002 a outras hipóteses, além da desvalorização monetária, geradoras do desequilíbrio das prestações, como as situações de onerosidade excessiva, que já dispõem de regras específicas, no mesmo diploma.⁷⁶

Pode-se inferir, portanto, que a regra inserida no art. 317 restringe-se aos casos de desproporção decorrentes de prestações monetárias.

2.3 Novos Princípios Contratuais

Afastado da antiga concepção individualista, o direito segue agora a ótica de valores sociais. Valores como ética, probidade, lealdade e o bem comum ganharam força e proteção junto ao ordenamento vigente, caracterizados como valores do Estado Social. Ocorre deste modo, a socialização do direito. Os novos princípios contratuais surgem ante esta nova

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 313.

⁷⁶ WALD, Arnaldo (Coord.). Onerosidade Excessiva. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Revista dos Tribunais, Ano 9, n. 31, jan-mar. 2006. p. 20.

realidade a fim de resguardar e explicar estes novos valores, uma vez que os princípios anteriores se mostravam insuficientes.

O Código Civil de 2002 enaltece os primados da Função Social do contrato, da Boa fé Objetiva e da Equidade, no que tange os direitos obrigacionais.

O princípio da função social do contrato estabelece a funcionalização do contrato. O art. 421 do Código Civil traz uma finalidade ao poder-dever do contratante. É certamente uma cláusula geral limitadora da autonomia da vontade.

Cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo, em que não lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujo valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizando para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral.⁷⁷

Como cláusula geral, a função social do contrato exige do judiciário um exercício efetivo sobre o conteúdo contratual. Deste modo, dispõe o parágrafo único, do art. 2.035, do Código Civil, que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Sendo uma cláusula geral, tal princípio pode ser aplicado *ex officio* pelo juiz: “normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente do pedido da parte ou do interessado, pois deve agir *ex officio*.”⁷⁸

Nesta senda, o magistrado pode modificar cláusulas contratuais que entender em desconformidade à sua função social. Todo contrato possui uma função social e econômica que, quando é violada por um desequilíbrio da sociedade e da economia autoriza a revisão contratual.

A função social tem ligação direta com a equivalência material. É um limite a

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7.

⁷⁸ NERY apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

autonomia da vontade que visa os interesses da comutatividade. O desequilíbrio contratual retira do contrato a sua função social.

O princípio função social estabelece vedações e imposições categóricas no ordenamento jurídico que conduzem o contrato ao dirigismo contratual, de tal forma que não é admitido que as partes modifiquem ou revoguem tais regras.

Seja por atuação direta do juiz ou através do pedido das partes, o contrato que não segue os preceitos da função social pode ser modificado a fim adequá-lo aos conceitos do Estado Social.

Também como cláusula geral, a boa-fé objetiva é um modelo objetivo de conduta no qual exige que as partes se comportem de forma correta nas suas relações recíprocas durante a formação e execução do contrato. A boa-fé objetiva “impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”⁷⁹

Através da análise do padrão de conduta humana comum, mensurada pelo que se entende por homem médio no caso concreto e por todos os aspectos sociais envolvidos, é que se avaliará a responsabilidade pré-contratual, a responsabilidade contratual e a responsabilidade pós-contratual. Diante destas situações, a atuação do juiz tem elevada importância na aplicação do direito ao caso concreto. “A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida.”⁸⁰

O princípio da boa-fé objetiva encontra-se assentado nos artigos 113 e 422 do Novo Código Civil. O primeiro aduz que “os negócios jurídicos devem ser interpretados

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume II*. 5. Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 409.

conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; preceitua o segundo que os contratantes, "são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Ainda sim, a não observância ou a deslealdade configuram ato ilícito ou abuso de direito, de acordo com o artigo 187 do diploma civil: "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."

O princípio da boa-fé pode ser utilizado tanto para a reclamação pelo cumprimento da obrigação como para a exoneração de um dos contratantes:

Quando vem em auxílio do devedor a circunstância de o credor ser usurário; de um credor que pretende desconhecer a modificação das circunstâncias das bases do negócio jurídico; de um credor que pretende ignorar o estado de necessidade que aflige seu devedor; de um credor que pretende exercitar seu direito de maneira abusiva, seja com intenção de causar dano a seu devedor, seja sem proveito algum para si, seja contrariando os fins que a lei teve em mira ao reconhecer seu direito subjetivo.⁸¹

A boa-fé objetiva enseja também a caracterização do inadimplemento. Se o contratante deixa de cumprir suas obrigações anexas em desconformidade com a boa-fé objetiva, mesmo não estando em mora ou inadimplemento absoluto, tal ato caracteriza inadimplemento do contrato. Deveres como proteção, lealdade, conservação, cooperação, dentre outros, devem ser cumpridos em conformidade com este princípio.

Outro princípio protetor da justiça contratual é o princípio do equilíbrio contratual. Este princípio pressupõe que nos contratos bilaterais ou nos unilaterais onerosos, deve haver sempre uma equivalência nas obrigações dos contratantes desde o momento de sua formação até o seu cumprimento. A quebra deste equilíbrio, que resulta na violação do princípio da reciprocidade ou da equivalência, autoriza a intervenção para que o contrato seja revisto ou resolvido. Deste modo, um contratante não pode auferir em face do outro uma

⁸¹ ITURRASPE apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

vantagem manifestamente excessiva.

Este princípio está diretamente ligado ao princípio da função social, pois a quebra da equivalência material enseja o desequilíbrio das prestações pactuadas, desvirtuando o contrato de sua finalidade e ferindo a sua função social.

A equivalência material visa a correção jurídica e fática do contrato, ou até mesmo a sua resolução, preservando as prestações já exauridas. Deve-se preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato. Não se busca mais o cumprimento cego do contrato como foi pactuado. O princípio do *pacta sunt servanda* passou a ser limitado à obrigação dos contratantes de cumprir o que fora disposto no contrato dentro dos limites do equilíbrio de seus direitos e deveres. Protege a vulnerabilidade jurídica de uma das partes.

Segundo Arnaldo Medeiros da Fonseca:

O sentimento de justiça dita, por si mesmo, nessa matéria, como uma resultante, a norma que irá impedir o esmagamento de um dos contratantes para o enriquecimento do outro. Ela seria, a nosso ver, o justo limite, imposto pela consciência comum à noção econômica de segurança, para impedir a iniquidade a que poderia dar lugar a aplicação supersticiosa e inflexível do princípio, necessário em regra, da irretratabilidade das convenções.⁸²

Neste sentido, a justiça contratual visa a manutenção do equilíbrio existente anteriormente entre os patrimônios das partes, cabendo a cada uma receber o equivalente do que tenha dado em prestação. Este princípio representa “um equilíbrio entre as prestações contratuais, de modo que um dos contratantes não aufira, em face do outro, vantagem manifestamente excessiva, responde ao ideal de justiça contratual que permeia nosso ordenamento jurídico”.⁸³

Diferente da antiga concepção, o novo sistema jurídico não mais privilegia os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, que seguiam uma visão individualista, as cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da

⁸² FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rev. Forense, 1958, p. 244.

⁸³ LIRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves. *Os Princípios do Direito Contratual*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3759/os-principios-do-direito-contratual/1>>. Acesso em: 11/04/2011.

ordem pública, bem como ao princípio do equilíbrio contratual, devem ser rigorosamente aplicadas pelo juiz no julgamento das relações obrigacionais.

A insuportabilidade da prestação por um dos contratantes quebra o princípio da comutatividade dos contratos. A aplicação da onerosidade excessiva fora do âmbito da Teoria da imprevisão mede objetivamente o desequilíbrio do contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por uma das partes.

O Direito não suporta o enriquecimento sem causa, seja por qualquer motivo, independentemente se por fato imprevisto ou imprevisível. O desequilíbrio econômico mostra-se suficiente para a modificação ou resolução do contrato diante da observância do magistrado às cláusulas gerais.

O novo papel do contrato dentro do Estado Social permite o intervencionismo estatal de modo a resguardar a justiça social. Esta nova concepção permite as partes, através dos novos princípios sociais, a busca da justiça contratual.

2.4 Análise Jurídica e Doutrinária

A onerosidade excessiva tem como sua finalidade última a preservação da operação econômica e o equilíbrio contratual entre as partes que estão presentes em quaisquer relações contratuais. Seu objetivo é evitar que uma das partes do contrato possa ser sobrecarregada em sua obrigação por fatos que decorreram de acontecimentos aos quais esta não teve nenhuma influência.

Diante das diversas circunstâncias, a onerosidade excessiva possui diferentes teorias de fundamento regidas pelo Código Civil ou por legislação especial. Os tribunais vêm julgando tendo por fundamento tais teorias, quais sejam, a Teoria da Imprevisão, presente no Código Civil, e a Cláusula *Rebus sic stantibus*, encontrada no Código de Defesa do

Consumidor.

Em pesquisa jurisprudencial realizada nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e no Superior Tribunal de Justiça, tendo como lapso temporal o período entre 1º de janeiro de 2010 ao terceiro mês do ano de 2011, é possível notar o nível de incidência das referidas teorias no Direito Brasileiro.

A pesquisa realizada na jurisprudência do TJDFT apontou a incidência da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, presente no CDC, em mais de uma dezena de julgados no período em análise. Esta teoria foi fundamento em decisões sobre revisões contratuais em contratos amparados pelos direitos do consumidor.

Esta teoria tem maior probabilidade de ocorrência, pois não exige que o fato causador seja imprevisível. Neste sentido, havendo desequilíbrio nas relações de consumo, deve haver a intervenção do Poder Judiciário.

Tal proteção se reflete nos julgados, sendo comum a utilização do instituto da onerosidade excessiva nas relações de consumo.

Entretanto, a incidência da onerosidade excessiva fundada na Teoria da Imprevisão nos julgados do TJDFT inseridos no período analisado, é rara. Este instituto possui diferentes requisitos que devem estar presentes para que o contratante dele se beneficie. Alguns requisitos se mostram como verdadeiros impeditivos, que dificultam a utilização desta teoria. “A imprevisibilidade nos contratos de trato sucessivo é a pedra de toque para o reconhecimento da excessiva onerosidade.”⁸⁴

A necessidade da extraordinariedade e imprevisibilidade dos acontecimentos, juntamente com a exigibilidade da demonstração de extrema vantagem para a outra parte, fazem com que seja extremamente rara a utilização da Teoria da Imprevisão.

Deste modo, a incidência desta teoria na jurisprudência inserida no período em

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, volume II. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 99.

análise surge apenas como fundamento de denegação da utilização deste instituto. Nestes casos, a impossibilidade da utilização da Teoria da Imprevisão é fundamentada pela ausência do preenchimento dos requisitos necessários.

O mesmo cenário é encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. As revisões contratuais fundadas na onerosidade excessiva existente nos julgados são decorrentes da teoria prevista no CDC. Assim como na jurisprudência do TJDFT, na jurisprudência do STJ a ocorrência da Teoria da Imprevisão é mitigada pela exigibilidade de seus requisitos obrigatórios.

Civil. Recurso especial. Ação revisional de contratos de compra e venda de safra futura de soja. Ocorrência de praga na lavoura, conhecida como 'ferrugem asiática'. Onerosidade excessiva. Pedido formulado no sentido de se obter complementação do preço da saca de soja, de acordo com a cotação do produto em bolsa que se verificou no dia do vencimento dos contratos. Impossibilidade.

Direito Agrário. Contrato de compra e venda de soja. Fechamento futuro do preço, em data a ser escolhida pelo produtor rural.

Ausência de abusividade. Emissão de Cédula de Produto Rural (CPR) em garantia da operação. Anulação do título, porquanto o adiantamento do preço consubstanciaria requisito fundamental. Reforma da decisão.

Reconhecimento da legalidade da CPR. Precedentes.

- Nos termos de precedentes do STJ, a ocorrência de 'ferrugem asiática' não é fato extraordinário e imprevisível conforme exigido pelo art. 478 do CC/02.

- A Lei 8.929/94 não impõe, como requisito essencial para a emissão de uma Cédula de Produto Rural, o prévio pagamento pela aquisição dos produtos agrícolas nela representados. A emissão desse título pode se dar para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, mas também pode ocorrer numa operação de 'hedge', na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro.

Recurso especial conhecido e provido.⁸⁵

Conforme pode ser verificado no julgado em destaque, a ausência fato extraordinário e imprevisível revela-se como o maior impedimento para a utilização do

⁸⁵ STJ, Terceira Turma, REsp nº 858.785 GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/06/2010, DJe de 03/08/2010.

instituto protetor.

Os novos princípios sociais nos julgados analisados têm o papel de embasar e fundamentar a decisão proferida, surgindo apenas de forma secundária, justificando a utilização ou a denegação do uso de uma das teorias da onerosidade excessiva.

Neste sentido, é possível notar que são raros os casos de utilização prática da Teoria da Imprevisão, ao passo que, a Teoria presente no CDC tem sua aplicação de forma muito mais frequente devido à dispensa a prova de imprevisibilidade ou da ocorrência de fatos extraordinários, tornando a sua aplicação muito mais viável.

Sobre o tema, aduz Nelson Nery Júnior:

Para que o consumidor tenha direito à revisão do contrato, basta a onerosidade excessiva para ele, em decorrência de fato superveniente. Não há necessidade de que esses fatos sejam extraordinários nem que sejam imprevisíveis. As soluções da teoria da imprevisão, com o perfil que a ela dado pelo CC italiano 1467 e pelo CC 478, não são suficientes para as soluções reclamadas nas relações de consumo. (...) A norma sobre comentário não exige nem a extraordinariedade nem a imprevisibilidade dos fatos supervenientes para conferir, ao consumidor, o direito de revisão efetiva do contrato; não sua resolução.⁸⁶

De fato, é consagrado o entendimento de que a teoria presente no CDC não necessita da prova da imprevisibilidade do fato e da sua superveniência, conforme já e manifestou o Eg. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

(...) O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.⁸⁷

Por outro lado, o CDC somente poderá ser utilizado em contratos inseridos em uma relação de consumo.

Afora isso, a dispensa de comprovação do requisito da imprevisibilidade e da superveniência torna o seu campo de aplicabilidade muito mais vasto. Sua aplicação comporta tanto a imprevisão como a previsão.

⁸⁶ NERY, Nelson. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 955.

⁸⁷ STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp nº 374.351 RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 30/04/2002, DJe de 24/06/2002, p. 1.

Esta característica corrobora a freqüência da aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva do CDC nos julgados brasileiros. Apesar de muito vantajosa para a parte, esta teoria se restringe às relações de consumo. Não é possível a sua incidência fora deste âmbito uma vez que a dispensa da comprovação da imprevisibilidade e da superveniência é posta para deixar as partes em condições de igualdade. Fora da relação de consumo não há esta proteção, as partes já se encontram em condições de igualdade. O favorecimento de uma parte em detrimento da outra seria uma violação ao Princípio da Boa-fé Objetiva.

A Teoria da Imprevisão, instituto adequado quando não se trata de uma relação de consumo, possui além dos requisitos previstos para a teoria do CDC, outras exigências que tornam a sua incidência muito mais rara.

Para esta teoria é necessária a ocorrência de causas supervenientes e imprevisíveis que provoquem extrema vantagem para a outra parte. Deste modo, pode o devedor pedir a resolução do contrato, retroagindo os efeitos da sentença que a decretar à data da citação. Para se permitir a revisão, há de se verificar, além da excessiva onerosidade, a extrema vantagem para a outra parte.

É rara a aplicabilidade deste instituto nos tribunais brasileiros diante de tantas exigências. Trazida como uma grande inovação do Código Civil de 2002, a teoria da imprevisão possui tantos requisitos a serem preenchidos que praticamente inviabilizam a sua aplicação.

É extremamente difícil para a parte eivada pela onerosidade excessiva reunir tantos requisitos, o que gera a inaplicabilidade da teoria, acarretando ao contratante prejudicado arcar com a excessiva onerosidade.

A teoria da onerosidade do CDC é inaplicável em situações que não versam sobre relações de consumo, cabendo ao contratante recorrer, deste modo, a aplicação dos

novos princípios contratuais.

Os novos princípios contratuais, quais sejam, Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva e Equilíbrio Contratual, vem sendo usados com frequência como fundamento dos magistrados para negar ou conceder a aplicação da onerosidade excessiva, além da análise dos requisitos obrigatórios.

O novo sistema jurídico não está mais fundado nos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). A moderna teoria contratual adotou os princípios sociais abandonando o primado do patrimônio. Com o advento do Estado social, tais princípios passaram a nortear as relações contratuais. Assim, o contrato deve seguir a sua finalidade social e econômica.

O Código Civil de 2002 traz estes novos valores no campo dos direitos obrigacionais de forma expressa através dos artigos 113, 187, 421, 422 e 2035, que versam sobre estes princípios.

A função social mitiga a autonomia da vontade. Esta não se apresenta como objetivo do contrato, mas como uma limitadora da vontade dos contratantes na atividade de circulação de riquezas. Assim, a função social impõe verdadeiras imposições categóricas no ordenamento jurídico que levam ao dirigismo contratual.

Um contrato que não cumpre com sua função social autoriza o juiz à modificação de suas cláusulas, seja por sua ação direta, seja por pedido das partes, pois o pacto não pode desviar-se de sua finalidade econômica. “Em observância ao princípio da boa-fé, à idéia de comutatividade e ao princípio fundamental da dignidade humana (CF, art. 1º), não mais se admite um contrato celebrado sem uma concepção social.”⁸⁸

O princípio da Boa-fé Objetiva é um modelo objetivo de conduta no qual é possível recorrer tanto para a exigência do cumprimento da prestação, quanto para a

⁸⁸ FERRAZ DONNINI, Rogério. *A Concepção Social do Contrato*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2006/colunas/direito/janeiro_16.htm>. Acesso em: 19/03/2011.

exoneração de um dos contratantes. A atuação do juiz tem elevada importância na análise deste princípio ao caso concreto. Deve-se analisar o padrão de conduta humana comum juntamente com todos os aspectos sociais envolvidos.

O princípio do Equilíbrio contratual pressupõe a equivalência nas obrigações deste o momento de sua formação. Aquela prestação que traz uma vantagem manifestamente excessiva em detrimento da outra parte fere a equivalência e a reciprocidade do contrato, o que autoriza a intervenção estatal. Os contratos devem ter preservados o equilíbrio real de seus deveres e seus direitos. A justiça contratual visa o equilíbrio das prestações.

Cabe ao judiciário repelir as práticas abusivas e o lucro excessivo em detrimento de outrem revisando e as cláusulas que ensejam o desequilíbrio entre os contratantes. Deve ser mantido o equilíbrio contratual com primazia da função social e da equidade.

Assim, quando o contrato não puder ser revisto, será este resolvido quando por fatos alheios à vontade dos contratantes, houver um profundo desequilíbrio contratual. Pressupõem-se assim, uma *alea extraordinária*, pois o objetivo não é transformar os contratos comutativos em aleatórios, pois de outro modo, não haveria segurança jurídica para contratar, mas a proteção às graves modificações no contrato que geram um ônus insuportável para a parte.

Nesta senda, os novos princípios contratuais podem ser aplicados como fundamento para revisão ou resolução contratual diante dos desequilíbrios surgidos após a contratação em decorrência de fatores supervenientes. O grave desequilíbrio entre as partes deve ser analisado independentemente de qualquer previsibilidade, para que não ocorra o enriquecimento injusto ou indevido.

A teoria da imprevisão inviabiliza o restabelecimento do equilíbrio contratual, restando sua aplicação apenas a casos excepcionais O Direito não suporta o enriquecimento

sem causa, seja por qualquer motivo, independentemente se por fato imprevisto ou imprevisível. Os valores do Estado Social devem ser preservados através dos novos princípios contratuais de modo a resguardar a justiça social.

CONCLUSÃO

Para que um contrato seja válido e produza seus efeitos jurídicos, é necessário que este preencha uma série de requisitos que possibilitarão a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Além dos requisitos de ordem geral, comum a todos os tipos de negócio jurídico, deve preencher também requisitos específicos. O preenchimento destas duas linhas de requisitos é que conferirão a validade do contrato.

Além dos requisitos exigidos, o contrato também deve estar de acordo com os princípios consagrados no ordenamento jurídico. Os princípios fundamentais do contrato norteavam os contratos no Estado Liberal. Porém, a exploração da liberdade desencadeou a exploração do mais forte sobre o mais fraco, o que gerou uma série de conflitos que culminaram no advento do Estado Social.

Com uma nova ordem social e contratual voltada aos interesses coletivos, os valores trazidos de justiça social ensejaram no surgimento dos novos princípios contratuais. Estes princípios não retiram a validade dos princípios clássicos, mas os regulam e os complementam, devendo ser apreciados de forma conjunta. Assim, os novos princípios surgem para regular e equilibrar a autonomia da vontade, o consensualismo e a obrigatoriedade do contrato, em um contexto onde o interesse coletivo deve ser priorizado ante ao interesse individual.

Inserida neste novo contexto social, a resolução por onerosidade excessiva superveniente prevê a modificação ou a resolução contratual quando o cumprimento do contrato encontrar-se inviabilizado por questões relevantes, excluindo as pequenas dificuldades ou fatores externos de fácil previsibilidade.

A Teoria da Imprevisão, consagrada em nosso ordenamento jurídico com o advento do Código Civil de 2002, foi recebida com entusiasmo por muitos que pleiteavam há

tempos por sua introdução na legislação brasileira. Porém, tal teoria, a fim de preservar a segurança jurídica dos contratos e evitar que contratos comutativos tornem-se aleatórios, foi introduzida com uma série de requisitos a serem preenchidos pelo contratante que acabaram por mitigar de forma drástica a sua utilização.

Os requisitos estabelecidos, que têm como função evitar que esta teoria seja utilizada de forma indiscriminada a fim de preservar a segurança jurídica e os preceitos do princípio da obrigatoriedade contratual, foram determinados de forma rigorosa, onde a ausência de um destes impede o acionamento da teoria.

O requisito da imprevisibilidade do fato superveniente é o mais difícil de ser preenchido, sendo na maioria das ocasiões o óbice para o acionamento do instituto protetor, pois este, além de imprevisível, não deve estar contemplado no risco próprio do contrato.

Este requisito não é exigido para a teoria de resolução ou modificação contratual presente no Código de Defesa do Consumidor. A ausência desta exigibilidade determina a notória diferença de aplicação em casos concretos entre a Teoria da Imprevisão, presente no Código Civil de 2002, e a Teoria disposta no Código de Defesa do Consumidor.

Por não exigir a imprevisibilidade do fato superveniente, o CDC possibilita ao contratante recorrer ao judiciário quando não puder adimplir o contrato por um fato que, independente de sua vontade, gera onerosidade excessiva de forma severa, culminando na impossibilidade do cumprimento da prestação. Porém, tal vantagem só é possível em função do caráter protetor do CDC. Esta prerrogativa somente pode ser utilizada pelo consumidor, em virtude da proteção devido à sua hipossuficiência na relação de consumo.

Com o intuito de igualar as condições das partes na relação de consumo, o CDC permite ao consumidor resolver o contrato em decorrência da onerosidade excessiva de forma muito mais simples, independentemente de o fato ocasionador resolução ser ou não previsível.

Por possuir superioridade técnica e econômica na relação de consumo, o fornecedor é quem deve arcar com o ônus desta facilidade. Fora da relação de consumo, os contratantes se encontram em igualdades de condições e nenhum deles deve ser favorecido em detrimento do outro, o que gera a impossibilidade da utilização desta teoria nos moldes estabelecidos pelo CDC.

Após análise jurisprudencial, é possível notar que a Teoria da Imprevisão trazida pelo Código Civil de 2002 não vem sendo utilizada. Sua aplicação é denegada em razão do não preenchimento dos seus requisitos obrigatórios. Requisitos tão rigorosos acabam por quase inutilizar este instituto.

Devido o rigor desta teoria, a parte prejudicada deve valer-se de outras alternativas para não suportar sozinha tão grave ônus. Neste sentido, o contratante pode socorrer-se através da utilização dos novos princípios contratuais, os quais surgiram do conceito de justiça social para estabelecer novas regras às relações contratuais.

Assim, através da função social do contrato, da equidade contratual e da boa-fé objetiva, o contratante pode recorrer ao judiciário para modificar ou resolver o contrato eivado do vício da onerosidade excessiva superveniente.

Deste modo, deve ser restabelecido o equilíbrio contratual e a igualdade entre os contratantes, não sendo aceitável o agravamento unilateral da prestação impossibilitando o cumprimento da obrigação. As modificações contratuais devem possuir certo grau de gravidade a fim de evitar que os contratos comutativos tornem-se aleatórios, gerando insegurança jurídica para contratar.

Portanto, os novos princípios contratuais podem ser utilizados em face de onerosidade excessiva superveniente, respeitando os limites da razoabilidade e da segurança jurídica para que o ônus advindo de uma causa extraordinária possa ser dividido entre os contratantes, restabelecendo o equilíbrio contratual.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos*. Superior Tribunal de Justiça, Doutrina, Edição comemorativa, 20 anos, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DOU de 05/10/1988.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/09/1990, suplemento.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU de 11/01/2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ DONNINI, Rogério. *A Concepção Social do Contrato*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2006/colunas/direito/janeiro_16.htm>. Acesso em: 19/03/2011.

FIUZA, César. *Contatos de Adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rev. Forense, Forense, 1958.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo código civil: uma quimera jurídica? *Revista de direito privado*. Revistas dos tribunais, Ano 4, n.16, out-dez. 2003.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006.

LIRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves. *Os Princípios do Direito Contratual*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3759/os-principios-do-direito-contratual/1>>. Acesso em: 11/04/2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 05/02/2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral e contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, volume V. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY, Nelson. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III: Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

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

STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp nº 374.351 RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 30/04/2002, DJe de 24/06/2002.

STJ, Terceira Turma, REsp nº 858.785 GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/06/2010, DJe de 03/08/2010.

STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil (Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil) Contratos. Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume II*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo (Coord.). Onerosidade Excessiva. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Revista dos Tribunais, Ano 9, n. 31, jan-mar. 2006.