



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Antônio Pedro Medeiros Dias

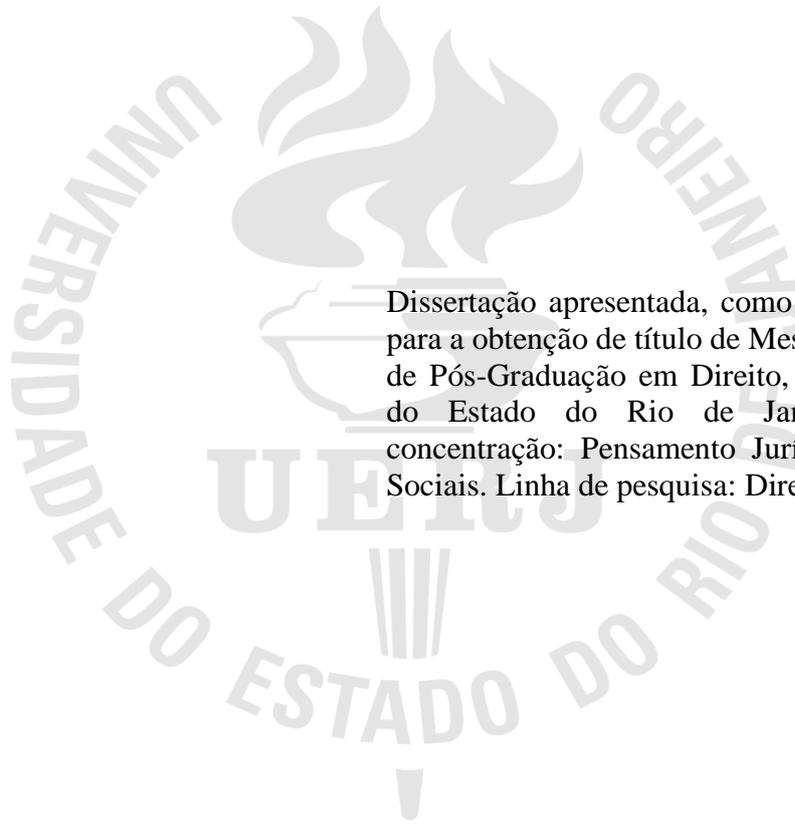
Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil

Rio de Janeiro

2013

Antônio Pedro Medeiros Dias

Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D541

Dias, Antônio Pedro Medeiros.
Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no
Código Civil / Antônio Pedro Medeiros Dias. - 2013.
177 f.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Direito civil - Teses. 3. Cláusulas (Direito) –
Teses. I. Schreiber, Anderson. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Antônio Pedro Medeiros Dias

Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 13 de setembro de 2013

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Anderson Schreiber (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Paulo Magalhães Nasser

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Dedicado à Vânia, João, Wilma e Ana, minha família, meus maiores incentivadores.
Dedicado à Fê, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Esta obra não teria sido concluída sem a ajuda de professores, colegas, amigos e familiares, que estiveram do meu lado nos dois anos e meio do curso de mestrado.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, João e Vânia que nunca mediram esforços para me dar as melhores oportunidades possíveis e o apoio para que eu tivesse coragem de aproveitá-las. Sem vocês, nada disso teria qualquer sentido.

À minha avó Wilma e à minha bisavó Sebastiana (*in memoriam*), minhas segunda e terceira mães, pela incansável dedicação e constante carinho que nunca esquecerei.

À minha irmã Ana, que nunca deixou de torcer e ter orgulho de mim.

No campo acadêmico, devo grande gratidão a todos os professores do Programa de Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ao professor Anderson Schreiber, agradeço a orientação dedicada, atenciosa e crítica do trabalho. Ao professor Gustavo Tepedino, agradeço a generosidade e gentileza nos anos de convivência, sendo o grande responsável pelo meu vivo interesse no direito civil. Agradeço especialmente também aos professores Paulo Magalhães Nasser e Carlos Nelson Konder pelas enriquecedoras sugestões críticas.

Sou igualmente agradecido aos meus colegas do mestrado, os quais se tornaram verdadeiros amigos. André Nery, Caroline Andriotti, Eduardo Nunes, Gabriel Furtado, Ivana Coelho, Luiza Bianchini, Marcela Maffei, Raul Murad, Rebeca Garcia e Tiago Lins, Vítor Almeida: minha profunda admiração e agradecimento pelos momentos de alegria e solidariedade que me proporcionaram durante a árdua caminhada do mestrado.

Aos meus colegas de trabalho André Roque, Bernardo Baptista, Paula Greco Bandeira, Vivianne da Silveira Abílio e a todos os funcionários do Escritório Gustavo Tepedino Advogados e do Instituto de Direito Civil, agradeço pelo agradável e estimulante convívio profissional e pela afetuosa torcida. Agradeço especialmente à Milena Donato Oliva, pelo constante apoio e pelo exemplo tanto profissional como pessoal.

Por fim, agradeço especialmente a Fê, que acompanhou pacientemente de perto a construção deste trabalho. Sem seu amor e sua incansável dedicação, nada disso seria possível.

RESUMO

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil*. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A presente dissertação tem como objetivo a análise do instituto da excessiva onerosidade previsto nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, notadamente os requisitos e as consequências práticas da resolução e da revisão judicial do contrato supervenientemente desequilibrado, com base nos novos princípios que informam a dogmática dos contratos após o advento da Constituição da República. No primeiro capítulo são expostos os antecedentes históricos do instituto da excessiva onerosidade e seus principais desenvolvimentos teóricos, especificamente aqueles que mais exerceram influência na consagração do instituto no ordenamento civil brasileiro. O segundo capítulo busca analisar criticamente os requisitos exigidos pelo Código Civil para a modificação do contrato em razão do desequilíbrio superveniente das prestações. O terceiro capítulo se destina ao exame do âmbito de aplicação da figura da excessiva onerosidade, destacando a problematização da incidência do instituto aos contratos unilaterais e aos contratos aleatórios. Por fim, o quarto capítulo tem como objetivo estudar os possíveis efeitos e consequências da aplicação do instituto, realizando-se uma releitura da teoria da excessiva onerosidade que atente para suas possibilidades funcionais no direito pátrio, notadamente mediante o expediente da revisão judicial dos contratos supervenientemente desequilibrados.

Palavras-chave: Onerosidade excessiva. Desequilíbrio econômico superveniente do contrato. Equivalência das prestações. Teoria da imprevisão. Cláusula *rebus sic stantibus*. Revisão e resolução do contrato.

ABSTRACT

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Hardship: the resolution and the judicial review of the unbalanced contract*. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The theme of this dissertation is known in English as hardship, which means the fundamental alteration of the equilibrium of the contract. The present dissertation aims to analyze the institution of hardship under the articles 317, 478, 479 and 480 of the Brazilian Civil Code, particularly the requirements and the practical consequences of the resolution and the judicial review of the unbalanced contract, in light of the new principles that inspire contractual law after the advent of the Brazilian Constitution. The first chapter sets out the historical background of the institute and its major theoretical developments, specifically those who exercised more influence on the Brazilian law. The second chapter seeks to review the requirements established by the Civil Code for the modification of the contract. The third chapter aims to examine the scope of the hardship, highlighting the application of the institute to certain specific types of contracts. Finally, the fourth chapter aims to study the possible effects and consequences of the application of the institute, performing a reinterpretation of the theory capable of reaching its potential within the Brazilian law, notably through the possibility of judicial review of unbalanced contracts.

Keywords: Hardship. Alteration of the equilibrium of the contract. Unpredictable. *Rebus sic stantibus* clause. Adaptation and termination of the contract.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A CONSAGRAÇÃO DA TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002	14
1.1 Antecedentes históricos da Teoria da Excessiva Onerosidade. A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e as modernas teorias acerca da alteração superveniente das circunstâncias contratuais.....	14
1.1.1 <u>Teoria da Imprevisão.....</u>	21
1.1.2 <u>Teoria da Base do Negócio Jurídico</u>	24
1.1.3 <u>Teoria da Superveniente Onerosidade Excessiva da Prestação</u>	30
1.2 A excessiva onerosidade no Código Civil brasileiro de 2002	32
2 REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE NO CÓDIGO CIVIL	41
2.1 Contratos de duração. Necessidade de alteração superveniente na economia do contrato.....	41
2.2 Evento imprevisível e extraordinário	45
2.2.1 <u>Imprevisibilidade do evento</u>	48
2.2.2 <u>Extraordinariedade do evento</u>	52
2.2.3 <u>Hipóteses de eventos imprevisíveis e extraordinários.....</u>	54
2.2.4 <u>Evento não inserido na álea ordinária do contrato.....</u>	55
2.2.5 <u>Possibilidade de invocação de acontecimentos gerais ou específicos à relação contratual. Especificidades de alterações meramente transitórias na economia contratual</u>	59
2.3 Excessiva onerosidade da prestação	61
2.3.1 <u>Excessiva onerosidade e caso fortuito ou força maior</u>	61
2.3.2 <u>Excessiva onerosidade e dificuldade subjetiva de adimplemento</u>	63
2.3.3 <u>Parâmetros de avaliação da excessiva onerosidade.....</u>	65
2.4 Extrema vantagem	74
2.5 Não imputabilidade da alteração superveniente ao devedor que a invoca.....	81
2.5.1 <u>Necessidade de relação direta de causalidade entre o evento imprevisível e extraordinário e a excessiva onerosidade da prestação</u>	82

2.5.2	<u>Impossibilidade da parte inadimplente ou em mora se valer da teoria da excessiva onerosidade</u>	84
3	ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA EXCESSIVA ONEROSIDADE	89
3.1	Aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade aos contratos bilaterais	89
3.2	Aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade aos contratos unilaterais	90
3.3	Aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade aos contratos aleatórios	98
4	EFEITOS DA TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE	109
4.1	Os remédios para a excessiva onerosidade superveniente: revisão ou resolução contratual	109
4.2	Consequências da resolução e da revisão do contrato	124
4.3	A oferta de modificação equitativa do contrato (art. 479 do Código Civil)	131
4.4	Possibilidades e limites do juiz na aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade	140
4.4.1	<u>Situações possíveis e limites do juiz em relação aos princípios processuais da demanda e da congruência</u>	140
4.4.2	<u>Critérios para a revisão judicial dos contratos</u>	144
4.4.3	<u>Possibilidade de afastamento da aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade</u> ...	150
4.4.4	<u>Cláusulas de renegociação (cláusulas de hardship) e de reindexação dos contratos</u>	154
	CONCLUSÕES	162
	REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

O remédio para a imprevisibilidade, para a caótica
incerteza do futuro, está contido na faculdade de
prometer e cumprir promessas.
(*Hannah Arendt, A condição humana*)

Atualmente é comum a referência à chamada crise do contrato ou à insuficiência do modelo jurídico tradicional do contrato patrimonialista, abstrato e fundado exclusivamente na vontade das partes, o que impõe ao jurista o desafio de estabelecer soluções jurídicas às demandas sociais em meio à aludida crise conceitual.¹ Tal tarefa não é simples na medida em que a teoria contratual tradicional foi desenvolvida há mais de dois séculos e sua força ainda atual pode ser evidenciada pela doutrina majoritária que continua a reproduzir, na maior parte das vezes de forma acrítica, os dogmas da teoria tradicional.

Mostra-se, no entanto, relativamente consensual no atual debate metodológico o reconhecimento da natureza histórico-cultural da ciência jurídica,² de modo que não se pode

¹ Note-se que, embora seja comum a referência à “crise do contrato tradicional”, como observa Gustavo TEPEDINO, não há efetivamente uma “nova teoria contratual”, mas sim o reconhecimento de que a teoria contratual está sujeita aos influxos de seu tempo. É ver-se: “Seria consentido entrever uma nova teoria geral dos contratos por força ou no âmbito dos direitos do consumidor? Eu responderia com fórmula aparentemente contraditória – mas só aparentemente contraditória –, dizendo sim e não. Responderia afirmativamente, no sentido de que há alterações profundas dos conceitos jurídicos derivados do Código de Defesa do Consumidor. Poderíamos dizer, sem hesitar, que aquela percepção da doutrina tradicional, segundo a qual os conceitos jurídicos e a própria dogmática seriam imutáveis, já há muito deixou de prevalecer. A resposta seria negativa; entretanto, se pensarmos que a relativização dos conceitos jurídicos, conquista inegável da civilística atual, altera compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo e permeia, portanto, a própria dogmática. No momento exato em que rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obriga-nos a considerar sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas. E, sob este ponto de vista, nem mesmo precisaríamos recorrer ao adjetivo *novo* para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem à retórica ou – vá lá – à didática, enfatizar as transformações ocorridas nessa mesma dogmática” (Gustavo TEPEDINO, *As relações de consumo e a nova teoria contratual*, in *Temas de direito civil*, vol.1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 217-218).

² Conforme observa Antonio Menezes CORDEIRO: “(...) o primeiro óbice que se põe ao formalismo reside na natureza histórico-cultural do Direito. Numa conquista da escola histórica contra o jusracionalismo antecedente, sabe-se que o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao actual estágio dos conhecimentos humanos, como produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas e racionais. Assim sendo, o Direito deve ser conhecido de modo directo, tal como se apresenta; uma sua apreensão apriorística resulta impossível (Antonio Menezes CORDEIRO, *Os Dilemas da Ciência do Direito no Final do Século XX*, in Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XIX). Na mesma direção: “O estudo do direito – e, portanto também do direito tradicionalmente definido ‘privado’ – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem

descurar do caráter relativo dos institutos jurídicos.³ Ou seja, a ciência jurídica não é neutra, impermeável aos influxos da sociedade, mas, ao revés, consiste em ciência marcadamente social, que mantém ininterrupta relação dialética com o contexto no qual se insere. Consequentemente, se o direito interfere na sociedade, a sociedade igualmente o transforma.⁴

Conforme leciona Antonio M. Hespanha, a estrutura das categorias jurídicas não resiste ao tempo ou aos diferentes contextos culturais, por servir a distintas funções. Desta forma, ainda que externamente os institutos se assemelhem e possam revestir, inclusive, o mesmo nome – como propriedade, família, contrato – certo é que guardam diferenças substanciais profundas em momentos específicos do tempo e do espaço, a desmascarar o pretensível caráter de neutralidade e perenidade do direito.⁵

A evolução do modelo do contrato é um claro exemplo disso. O conceito tradicional de contrato pressupunha a contratação realizada por duas ou mais pessoas que em situação de igualdade (isonomia formal) discutiriam e manifestariam sua vontade livre (autonomia privada)

como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, ‘existencial’, que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como ‘coexistência’” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional* (trad. Maria Cristina De Cicco), Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1).

³ Bruno LEWICKI, Gustavo TEPEDINO, Maria Celina Bodin DE MORAES, *O Código Civil e o Direito Civil Constitucional*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. iv.

⁴ V. Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., pp. 1-2.

⁵ “Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com o seu *valor facial* (i. e., com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. Realmente, conceitos como pessoa, família, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente *relacional* ou *local*. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem, são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou em debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam. Assim, essa alegada continuidade das categorias jurídicas actuais – que parecia poder ser demonstrada pela história – acaba por não se poder comprovar. E, caída esta continuidade, cai também o ponto que ela pretendia provar, o do caráter natural dessas categorias” (Antonio M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 18-19). Vale, ainda, transcrever os ensinamentos de Pietro PERLINGIERI: “Os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as definições, os conceitos não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos para o conhecimento desta realidade. Por isto, devem ser instrumentos adequados à realidade. Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios mecanismos. (...). O estudo dos ordenamentos jurídicos, dos diferentes sistemas jurídicos, aponta-nos que as noções, que os instrumentos, que os conceitos, enfim, definidos e utilizados pelo jurista de cada sistema são muito diferentes entre si” (Pietro PERLINGIERI, *Normas constitucionais nas relações privadas*, in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, nºs. 6 e 7, Rio de Janeiro: UERJ, 1998-1999, pp. 63-64).

com o objetivo de constituir uma obrigação jurídica que viabilizasse com segurança a aquisição e circulação de bens (obrigatoriedade dos pactos).⁶ Tal modelo, no entanto, não mais se reflete na nova realidade social constituída a partir do início do século XX, na qual se verifica uma crescente massificação das relações contratuais.

Os contratos, em regra, não são mais discutidos, mas apenas ofertados com conteúdo já pré-determinado, dirigidos a uma massa de sujeitos indeterminados e selecionados com base em decisões comerciais. Além disso, a revolução industrial deixou clara a insuficiência da noção de igualdade formal como garantia de justiça contratual. O evidente desequilíbrio de forças entre os contratantes nesse período resultou na constante imposição da vontade do contratante mais forte sobre o contratante mais fraco, afastando definitivamente a noção de que a livre disposição de vontades seria capaz, por si só, de concretizar a justiça na relação contratual.⁷

O problema da alteração superveniente das circunstâncias se insere nesse cenário, no qual as crescentes demandas sociais surgidas no início do século XX, verificadas principalmente depois do primeiro pós-guerra, demonstraram a insuficiência do modelo tradicional do contrato e colocaram em xeque o caráter absoluto conferido aos princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade dos pactos.

Tais circunstâncias sociais trouxeram de volta ao cenário jurídico o debate acerca da justiça em se admitir que “um ato jurídico, mais especialmente uma convenção, possa ser aniquilado, ou modificado nos seus efeitos, por intermédio do juiz, quando acontecimentos posteriores à celebração da referida convenção e que, nesse momento, não estiveram em causa ou não puderam logicamente ser previstos pelas partes, determinaram uma situação particularmente onerosa para o devedor, ou extremamente desfavorável para o credor”.⁸

⁶ “Na concepção tradicional do contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos contratos paritários ou individuais. Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares (consumidores), mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico” (Cláudia Lima MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52).

⁷ “O contrato, nesse viés, perde a área de fonte imediata de justiça que detinha no auge do individualismo. A exploração de um contratante sobre o outro, o desequilíbrio contratual, o contrato como efetivo instrumento de concentração de riquezas foram fatores de forte impacto no universo contratual, abalando a imagem de mecanismo efetivo de consolidação da emancipação do homem; como observa Luiz Gomes, ‘o individualismo, porém, acabou por se matar a si próprio, degenerando em totalitarismo, pois que a liberdade transporta em si o germe da autodestruição. Gerou o capitalismo e este a matou’. Desta crise surge o espírito socializante que inicia o processo de reconstrução da teoria contratual” (Eros Belin de Moura CORDEIRO, *Da revisão dos contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 136).

⁸ Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, Lisboa: Revista da Faculdade, Suplemento, 1958, p. 9.

A resposta (tardia) do ordenamento civil brasileiro a essas demandas foi a teoria da excessiva onerosidade consagrada pelos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002. Tais dispositivos, consolidando antiga tendência doutrinária e jurisprudencial e inovando em relação ao Código Civil de 1916, dispõem expressamente sobre a possibilidade de resolução e revisão de contratos de duração com base na superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, capazes de comprometer o equilíbrio entre as prestações originalmente estabelecidas pelos contraentes.

Os requisitos dispostos nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil incorporam à lei brasileira formulações doutrinárias à primeira vista subjetivistas construídas em torno da chamada teoria da imprevisão. Além de dever ser subsequente à celebração do ajuste, a onerosidade excessiva e o conseqüente desequilíbrio das prestações não são capazes de, autonomamente, ensejar a resolução do contrato, senão quando se verifique o caráter extraordinário e imprevisível da alteração das circunstâncias que o hajam determinado e quando se demonstre a vantagem extrema que tal alteração traz para o credor.⁹ Daí porque os autores consideram que o instituto da excessiva onerosidade previsto no Código Civil constitui exemplo de solução de compromisso entre liberdade e justiça contratuais.

Diante dessa aparente abordagem subjetivista da resolução e revisão do contrato por onerosidade excessiva adotada pelo Código Civil, cumpre reler os requisitos previstos nos aludidos dispositivos à luz da nova ordem jurídica instaurada pela Constituição da República – que consagra como princípios contratuais a boa-fé, a função social, o equilíbrio das prestações e a conservação dos contratos –, tarefa a que se dedicará parcela expressiva do presente trabalho.

O art. 478 do Código Civil, além disso, ao contrário do que defendia a doutrina e jurisprudência mais progressista, expressamente permite apenas a resolução do contrato na hipótese de superveniência de excessiva onerosidade das prestações de um dos contratantes. No entanto, acerca do tema, a melhor doutrina, com base na interpretação sistemática do Código Civil e na aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, vem defendendo atualmente a interpretação extensiva desse dispositivo no sentido de possibilitar a revisão judicial do contrato mesmo sem a concordância da parte beneficiada pela desproporção do ajuste.

⁹ Anderson SCHREIBER, *O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão*, in *10 Anos do Código Civil* (Sílvio de Salvo VENOSA, Rafael Villar GAGLIARDI e Paulo Magalhães NASSER coords.), São Paulo: Atlas, 2012, pp. 140-141.

A revisão contratual consiste em poderoso instrumento de perene revitalização do contrato de modo a permitir a modificação do conteúdo do pacto à luz dos valores maiores constantes do ordenamento jurídico brasileiro postos na Constituição da República. No entanto, a possibilidade de revisão do contrato desequilibrado pelo Poder Judiciário acarreta diversas consequências práticas ainda não estudadas e discutidas de forma profunda pelos autores nacionais, relacionadas notadamente aos limites e possibilidades da intervenção do juiz na economia de um contrato celebrado livremente entre partes paritárias.

Assim sendo, o presente trabalho tem também como objetivo a análise da possibilidade de revisão judicial do contrato supervenientemente desequilibrado e principalmente de suas respectivas consequências práticas, com base nos novos princípios que informam à dogmática dos contratos após o advento da Constituição da República de 1988.

Com base nessas diretrizes, almeja-se analisar a aplicação do instituto da excessiva onerosidade no âmbito das relações intersubjetivas reguladas pelo Código Civil. Ou seja, o presente trabalho possui como objetivo o estudo dos requisitos, das possibilidades e dos limites da resolução ou revisão do contrato por onerosidade excessiva no âmbito das relações paritárias, embora determinadas referências à aplicação do instituto em outras áreas do direito, como, por exemplo, sua incidência nas relações de consumo, sejam necessárias e importantes para a contextualização do problema e a delimitação de suas especificidades.

No primeiro capítulo são expostos os antecedentes históricos do instituto da excessiva onerosidade e seus principais desenvolvimentos teóricos, especificamente aqueles que mais exerceram influência na consagração do instituto no ordenamento civil brasileiro. O segundo capítulo busca analisar criticamente os requisitos exigidos pelo Código Civil para a modificação do contrato em razão do desequilíbrio superveniente das prestações. Em seguida, o terceiro capítulo se destina ao exame do âmbito de aplicação da figura da excessiva onerosidade, com destaque para a problematização da incidência do instituto aos contratos unilaterais e aos contratos aleatórios. Por fim, o quarto capítulo tem como objetivo estudar os possíveis efeitos e consequências da aplicação do instituto, realizando-se uma releitura da teoria da excessiva onerosidade que atente para suas possibilidades funcionais no direito pátrio, notadamente mediante o expediente da revisão judicial dos contratos supervenientemente desequilibrados.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A CONSAGRAÇÃO DA TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

1.1. Antecedentes históricos da Teoria da Excessiva Onerosidade. A cláusula *rebus sic stantibus* e as modernas teorias acerca da alteração superveniente das circunstâncias contratuais

Embora no Direito romano não houvesse um princípio geral que permitisse a extinção do contrato nas hipóteses de alteração superveniente das circunstâncias, é possível encontrar referências singulares e esparças nas leis de Roma que atribuíam efeitos jurídicos a determinados casos de alteração superveniente das circunstâncias, como a não manutenção do casamento em certas condições.¹⁰ Contudo, mesmo nessa época, já era possível encontrar em filósofos como Sêneca e Cícero fundamentações morais que condicionavam o dever de cumprimento de uma promessa à permanência de uma dada situação fática.¹¹

Somente a partir da Idade Média começa a prevalecer na doutrina, progressivamente e em termos mais gerais, o princípio de que as declarações de vontade são feitas sob a condição

¹⁰ Nesse sentido, conforme sustenta MENEZES CORDEIRO, a falta de um princípio geral sobre a alteração de circunstâncias do Direito romano “não pode ser desinserida do conjunto mais vasto da Ciência Jurídica e da ordem romanas. A regra da eficácia jurídica das alterações das circunstâncias era desconhecida, como princípio, no Direito romano, não por se tratar de alterações desse tipo, mas por estar em jogo um princípio geral. Na falta de um modo de pensar jurídico sistemático não cabe, sem violência, falar em princípios gerais” (Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé no direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 940).

¹¹ Nessa direção, a lição de Giuseppe OSTI: “Con tale riferimento, appunto, lo si vede accenamento, ad es., negli scritti filosofici de CICERONI e di SENECA, che hanno particolare importanza perchè, come ad essi sono collegate le posteriori dottrine della Scolastica che preparano il generale riconoscimento della promessa quale fonte di vera e propria obbligazione, nel diritto canonico e poi nel diritto civile comune, così vi è fatto richiamo nelle stese trattazioni filosofiche della Scolastica, e in quelle dei giuristi che ne derivano, anche per giustificare l’efficacia liberatoria di mutamenti impreveduti della situazione di fatto, sicchè può dirsi che sai in essi il primo germe del principio che poi fu espresso come subordinazione del vincolo giuridico nascente dalla promessa alla tacita clausola *rebus sic stantibus*” (Giuseppe OSTI, *Clausola “rebus sic stantibus”*, in *Novissimo Digesto Italiano*, t. 3, Torino: UTET, 1957, p. 353). V. tb.: “Mas, se não havia [no Direito romano] um texto legal que genericamente consagrasse a necessidade de manutenção de estado de facto como condição de subsistência dos vínculos jurídicos, tal era afirmado em obras de caráter moral e filosófico. Cícero (*De Officiis*, L. I, C. 10) afirma que o dever se modifica com o decurso do tempo, não devendo ser respeitadas promessas que se tornem inúteis para aquele a quem foram prometidas, nem as que prejudicam o promitente mais do que beneficiam aquele a quem foram prometidas. Também Sêneca (*De Beneficiis*, L. IV, C. 35) sustenta que ‘quando, subsistindo as coisas no mesmo estado em que se encontravam no momento em que fiz a promessa, não cumprir, poderás dizer que falto à minha palavra e que fico infamado com a culpa de inconstante; mas, quando alguma coisa se muda, ela mesma dá-me liberdade de tomar nova deliberação e exonerar-me da promessa... Finalmente, para me obrigares a que te cumpra a promessa, é necessário que as coisas estejam no mesmo estado que quando a fiz’. E, como exemplo, esses autores afirmam que não deve o depositário restituir, ao depositante que enloqueceu, a espada depositada, nem, ao que presentemente faz guerra à Pátria, os dinheiros depositados; que aquele que promete a outra a sua assistência em juízo, não é a isso obrigado, se, depois, resulta que a acção a intentar deve ser dirigida contra seu pai, ou a sua mulher experimenta as dores do parto ou o filho adoce; etc.” (Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da previsão nos contratos civis*, cit., 1958, p. 11).

implícita da manutenção da situação fática vigente no momento de sua formação. Tendo em vista os graves problemas econômicos enfrentados pela Europa do século XIII, os pós-glosadores, especialmente Bártolo e Baldo, elaboraram a doutrina segundo a qual a manutenção de uma relação negocial de duração dependia da persistência das circunstâncias existentes no momento da formação do contrato.¹²

Estruturou-se, então, na Idade Média, com vistas a superar as dificuldades postas pelo desaparecimento das circunstâncias tidas como essenciais à própria consecução contratual, a existência de uma cláusula implícita nos contratos de duração, segundo o qual os contratantes estariam adstritos ao fiel e rigoroso cumprimento do contrato na condição de que as circunstâncias originais da contratação se conservassem inalteradas.¹³ Tal cláusula ficou conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelleguntur*.

Em sua conotação mais geral, a cláusula *rebus sic stantibus* consiste na determinação pela qual, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório seja subordinado à manutenção das circunstâncias existentes no momento da conclusão do contrato, devidamente pressupostas, cuja alteração não era perceptível às partes contratantes.¹⁴ Após sua formulação da Idade Média, a cláusula *rebus sic stantibus* consolidou suas bases jurídicas entre os séculos XIV e XVI, quando essa doutrina se desenvolveu e passou a ser aceita também pelo direito comum, perdurando seu apogeu até meados do século XVIII.¹⁵

Entretanto, ao final do século XVIII e início do século XIX, a aludida cláusula passou a sofrer franco declínio, seja em razão da ascensão do liberalismo econômico e da doutrina voluntarista – de que é expressão o Código Civil Francês (Código Napoleão) de 1804, o qual suprimiu a relevância da cláusula medieval *rebus sic stantibus* em favor do rígido brocardo

¹² Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 13: “Mas foi somente com Bártolo (1314-1357) e Baldo (1327-1400) que a C.R.S.S. deu entrada na doutrina e na prática jurídica comuns. O último, comentando o fragmento do Digesto objecto da referida glosa de Acústico (D. XII. 4.8), considera ínsita a limitação da *rebus sic se habentibus* em todas as promessas obrigatórias, e, não apenas nas renúncias como sustentara Bártolo”.

¹³ Judith MARTINS-COSTA, *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 670, São Paulo: RT, 1991, p. 43.

¹⁴ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento de los Contratos*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 27. Na lição de Gustavo Tepedino: “Pretendia-se com tal cláusula, como se sabe, a inserção nas convenções de princípio implícito segundo o qual a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações, consagrada pelo princípio romano *pacta sunt servanda*, condicionava-se à manutenção das circunstâncias imperantes quando da contratação, escapulindo, assim, da esfera de exigibilidade do credor, certas situações de inadimplência, justificadas pela alteração, sem culpa do devedor, das condições fáticas asseguradoras do cumprimento da obrigação pactuada” (Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, in *Revista Forense*, vol. 301, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 73)

¹⁵ Arnaldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, São Paulo: Forense, 1958, pp. 190 e ss.

pacta sunt servanda –, seja em razão da relativa estabilidade monetária que vigorava à época.¹⁶ Embora os primeiros códigos modernos, de origem germânica, tal como o Código Bávaro (1756) e o Código Prussiano (1774) a tenham previsto, “é possível afirmar que o século XIX assistiu ao declínio da importância da *clausula rebus sic stantibus*, tanto que as grandes codificações daquele século, a francesa e a alemã, não continham nenhuma regra a esse respeito”.¹⁷

De fato, os pilares fundamentais da teoria jurídica moderna eram a segurança e a certeza jurídica. Para a doutrina do liberalismo moderno, o Estado era concebido como simples guardião da ordem pública, cujo papel deveria se limitar a garantir a igualdade formal entre os cidadãos (tendo em vista que as revoluções burguesas e as sociedades liberais surgidas a seguir tinham abolido os privilégios de classe que caracterizavam o antigo regime, declarando a igualdade de todos os cidadãos perante a lei) e a segurança jurídica, assegurando-se aos indivíduos o espaço no qual estes poderiam exercer de modo absoluto sua liberdade.¹⁸

Para tanto, o positivismo liberal oitocentista concebeu uma visão avalorativa, neutra e a-histórica do Direito, estabelecendo como dogmas a completude, a imperatividade, o formalismo e a pretensão de perpetuidade do sistema jurídico. O Direito seria apenas aquele editado pelo Estado, de acordo com as regras formais estabelecidas por este, devendo toda análise jurídica ser feita em torno das normas estatais. O Direito passaria, assim, segundo a

¹⁶ Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*, vol. V, t. 1, in Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 286.

¹⁷ Rafael Henrique RENNER, *A Proteção do Equilíbrio Contratual no Código Civil de 2002*. Dissertação de Mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, 2006, p. 171.

¹⁸ Acerca da segurança jurídica como valor maior da Modernidade veja-se a lição de Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo PIANOVSKI: “A pretensão de controle e previsibilidade supostamente assegurados pela racionalidade instrumental constitui a bússola do pilar regulatório da Modernidade, que se espalha por todos os saberes – o direito, inclusive. Com efeito, o jurídico, em sua construção Moderna, apesar da pretensão emancipatória, é estruturado sobre essa razão instrumental regulatório que tem por objetivos centrais a previsibilidade e a segurança. É discurso por demais conhecido, e repetido à exaustão, o de que o direito teria por função assegurar a ‘paz social’. Trata-se de reflexo da racionalidade regulatória, que em nome de uma ‘paz’ – sobre a qual não se questiona a quem se destina – estrutura um modelo de direito fundado em conceitos estáveis e em uma pretensão de neutralidade do operador jurídico. O ser humano concreto se transforma em meio para essa estabilidade, na medida em que não é ele fim último: o fim se apresenta na abstração do dado formal a que se denomina ‘segurança jurídica’” (Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo PIANOVSKI, *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 35, Rio de Janeiro: Padma, jul-set, 2008, p. 107). Na mesma direção: “Essa espécie de papel constitucional no Código Civil e a crença no individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como ‘o mundo da segurança’. Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir a atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo” (Gustavo TEPEDINO, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3).

concepção tradicional, a ser seguro, claro, coeso, previsível e neutro, características necessárias para o desenvolvimento e a expansão da classe burguesa e da economia capitalista na era moderna.

Dentro desse contexto, os pensadores do liberalismo construíram o chamado modelo contratual clássico com o objetivo de possibilitar a livre aquisição e circulação de mercadorias e a mobilidade social, bases da estrutura social capitalista. Tal modelo tinha como postulado básico a noção de liberdade contratual que, em sentido amplo, era entendida não apenas como a liberdade de contratar ou não contratar, mas também como a possibilidade de escolha do outro contratante e a possibilidade de as partes fixarem autonomamente o conteúdo do contrato.

Dessa forma, os teóricos clássicos oitocentistas assentaram o contrato sobre três princípios fundamentais, decorrentes da liberdade contratual: (i) o princípio da autonomia privada, segundo o qual as partes podem se obrigar como e com quem desejarem, sujeitas apenas a limites impostos por normas consideradas de ordem pública; (ii) o princípio da obrigatoriedade dos pactos, ou da imutabilidade do conteúdo contratual (*pacta sunt servanda*), segundo o qual o contrato faz lei entre as partes e, portanto, apenas através de nova manifestação de vontade consensual entre as partes pode seu conteúdo sofrer alteração; e (iii) o princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos do contrato se limitam aos próprios contratantes, não podendo vincular terceiros alheios à relação contratual (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*¹⁹).²⁰

Tais princípios contratuais clássicos, decorrentes do dogma da liberdade contratual, são resultado imediato da relevância que a teoria clássica atribui à força jurígena da vontade individual. Para a teoria contratual clássica, todo o contrato se assenta unicamente na vontade individual, que é razão de ser da força obrigatória dos pactos. Mais do que isso, a vontade individual, na doutrina moderna liberal, foi elevada a fator de emancipação do indivíduo, sendo considerada, por si só e independentemente de seu conteúdo, como fundamento de justiça na relação entre os indivíduos, o que era evidenciado no ditado comum da época: “Quem se diz contratante, se diz justo”.

¹⁹ Em tradução livre: “o contrato não prejudica nem favorece terceiros”.

²⁰ Gustavo TEPEDINO TEPEDINO; Maria Celina Bodin DE MORAES e Heloisa Helena BARBOZA, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6. V. ainda, Antônio Junqueira DE AZEVEDO, *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual*, in *Revista dos Tribunais*, n. 750, 1998, pp. 113-120.

Ou seja, o contrato, nesse contexto moderno, desde que preenchidos os requisitos legais para sua formatação, traduz em si mesmo a justiça entre as partes.²¹ Nesse sistema, baseado na total liberdade de contratar, não havia espaço para discussões acerca da igualdade material entre as partes contratantes ou da justiça substancial das operações econômicas subjacentes ao contrato.²² Revisar um contrato, qualquer que fosse a justificativa para revisão (seja por fatos supervenientes ou por circunstâncias contemporâneas à contratação) significaria conferir maior peso à realidade subjacente ao ajuste do que à vontade dos contratantes, violando a justiça que seria inerente a uma contratação livre.

Por essa razão, a vontade individual na teoria contratual clássica era tomada por absoluta, prevalecendo a ideia de que eventuais restrições à liberdade de contratar previstas pela lei eram apenas exceções ao princípio geral da autonomia privada. Tratava-se, nessa visão, de restrições unicamente externas, que não modificavam a autonomia da vontade em sua essência, mas somente a limitavam em sua extensão.²³

O contrato passa, então, a ser revestido de uma força ético-jurídica que o torna absolutamente intangível, somente podendo ser modificado pelo livre consenso entre as partes.²⁴ Essa ordem de ideias serve como base para a compreensão do princípio do *pacta sunt*

²¹ Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, cit., p. 74: “O liberalismo, traduzido juridicamente pelo *Code Napoléon*, rompendo com os privilégios do período que o precedeu, refuga todos os entraves aos postulados de liberdade formal que encerra o contrato, fruto da autonomia dos privados, por refletir a livre vontade dos contratantes, desde que formalmente válida fazia lei entre as partes e, como tal, era dotado de exigibilidade insuscetível de atenuantes”.

²² Sobre o tema confira-se: “Nesse sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contratantes consistia a garantia que as trocas, não viciadas na origem pelas disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa” (Enzo ROPPO, *O Contrato*, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 35).

²³ Veja-se, ainda, a lição de Enzo ROPPO: “A conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhes estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controlos; *não* concluir certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados” (Enzo ROPPO, *O Contrato*, cit., p. 32).

²⁴ Atribui-se ordinariamente à obra de Immanuel KANT o substrato teórico e filosófico da noção de justiça contratual com base unicamente na vontade das partes e consequentemente a força atribuída ao princípio da

servanda, que estabelecia o estrito cumprimento do pacto como grande marco da justiça contratual.

A centralidade do papel da vontade individual na teoria contratual clássica influenciou decisivamente a evolução da problemática da revisão contratual. O individualismo que presidiu a formação moderna da teoria contratual e o seu revestimento ético e jurídico impede qualquer ingerência externa na esfera contratual, sob pena de violar o sagrado espaço de liberdade dos contratantes e a soberania da vontade individual. A obrigação assumida, dessa forma, deveria ser mantida até as últimas consequências, independentemente das circunstâncias existentes no momento da sua formação e das modificações ocorridas ao longo de sua vigência.²⁵

No entanto, as crescentes demandas sociais do século XX, verificadas principalmente depois do primeiro pós-guerra, colocaram em xeque o caráter absoluto conferido ao princípio da obrigatoriedade dos pactos. Os problemas ocasionados com o advento da Primeira Guerra Mundial, por exemplo, geraram iniquidades na manutenção de determinados vínculos contratuais de longa duração, ensejando debate acerca do alcance a ser conferido ao princípio *pacta sunt servanda*. Na lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca:

“Depois da guerra de 1914, que tão profundamente abalou as condições econômicas do mundo, a investigação da influência jurídica, que devia ter, sobre as obrigações contratuais, não executadas ainda, a superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, por ocasião da formação do vínculo, acarretando para um dos contratantes uma onerosidade maior e ruínosa, embora sem obstar em definitivo ao

obrigatoriedade dos pactos: “Para Immanuel Kant, a força obrigatória dos contratos seria um postulado da razão, algo axiomático, evidente, não havendo, pois, necessidade de se buscar o seu fundamento em elementos estranhos ou anteriores” (Paulo NADER, *Curso de Direito Civil: contratos*, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35). Nas palavras de KANT: “A questão era: porque *devo* manter minha promessa? ... pois que *devo* mantê-la todos facilmente compreendem. Mas é absolutamente impossível fornecer uma prova deste imperativo categórico, tal como é impossível a um geômetra provar, por meio de interferências baseadas exclusivamente em silogismos, que para construir um triângulo ele tem que tomar três linhas (uma proposição analítica), duas das quais juntas têm que ser maiores do que a terceira (uma provisão sintética, mas sendo ambas as proposições *a priori*). Que eu devo manter minha promessa é um postulado da razão pura (pura como abstraído de todas as condições sensíveis de espaço e tempo no que concerne ao conceito de direito)” (Immanuel KANT, *A Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Edipro, 2003, p. 118).

²⁵ É o que explica Teresa NEGREIROS: “A vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes, obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes. Estas têm ampla liberdade quanto à fixação das obrigações que voluntariamente se auto-imponham; o que é querido é, nesta medida, obrigatório; e a determinação do conteúdo do querer compete exclusivamente ao indivíduo. A lei referente aos contratos – salvo quando se tem em vista proteger, precisamente a livre formação e manifestação do consentimento – legitima-se como reprodução da tácita vontade dos contratantes, e, por essa razão, tem caráter dispositivo, não se aplicando quando a ‘vontade tácita’ deixar de coincidir com a vontade expressamente manifestada em sentido contrário” (Teresa NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27).

seu cumprimento, voltou a despertar especial interesse, provocando eruditos estudos dos juristas. Seria justo fazer recair, em tal caso, todo o prejuízo sobre quem era apenas culpado de não ter previsto o imprevisível, por um supersticioso respeito ao princípio da irredutibilidade das convenções, consagrado pelo Código Civil francês, e outros que o tomaram de modelo? Ou, ao contrário, permitia o direito uma solução equitativa e humana, fosse a exoneração pura e simples da responsabilidade do estipulante, ou a modificação dos efeitos jurídicos da convenção, por intermédio do juiz?”²⁶

Com as modificações políticas e sociais ocorridas no século XX, passou-se a reconhecer a incidência de novos princípios nas relações contratuais, capazes de alterar de forma qualitativa a dogmática e os princípios tradicionais da teoria contratual, consolidando uma nova cultura contratual que, sob vários aspectos, é frontalmente contrária à cultura voluntarista clássica.²⁷ Tais circunstâncias atingiram profundamente o direito civil europeu e, em seguida, o ordenamento brasileiro, exigindo que o Estado deixasse de lado a postura puramente liberal que marcou os ordenamentos jurídicos dos séculos XVIII e XIX e passasse a intervir de forma cada vez mais acentuada na economia (e, como consequência, nos contratos) com vistas a reequilibrar o quadro social, naquilo que ficou conhecido como o *Welfare State*.²⁸

²⁶ E o autor arremata: “Eis o problema a que as duas últimas guerras mundiais vieram emprestar a mais evidente atualidade, embora lhes seja anterior e haja de permanecer, provocando, de quando em vez, o pronunciamento dos tribunais, sobretudo em graves momentos de crise econômica. Tais conflagrações apenas, como observou Voinin, a propósito da de 1914 – pelo número de potências empenhadas na luta, pela sua duração, extensão do campo de batalha e energia dos meios de destruição empregados – aparecem ‘como um terreno de eleição em que a imprevisão floresce como um viço até então desconhecido’” (Arnoldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, cit., pp. 13-14). No mesmo sentido, Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, cit., p. 74: “O alvorecer do Séc XX, contudo, altera profundamente os institutos jurídicos concebidos para o liberalismo. Dos escombros da 1ª Guerra, ponto culminante de longa sucessão de crises econômicas e sociais, renasceria um Direito interessado nos efeitos sociais dos contratos, antes que, somente, na sua estrutura formal. É a falência do individualismo jurídico, substituído, através de portentosa legislação extraordinária ou especial, por uma generalizada socialização do Direito”.

²⁷ Conforme sustenta Gustavo TEPEDINO, tais modificações não se limitam à atenuação da autonomia privada, mas constitui fenômeno mais amplo de alteração da própria teoria contratual clássica. Confirma-se: “Seria insuficiente, vê-se de logo, apontar, no curso das profundas transformações econômicas, políticas, sociais e jurídicas, por que passa a sociedade, com intervenção crescente do estado nos negócios privados, a transformação do contrato como uma simples atenuação da autonomia privada em favor de uma maior ocupação de espaço por parte do interesse público. Trata-se, de forma muito mais profunda, de rever os próprios princípios da teoria contratual, e de reconhecer a insuficiência de submetê-la a uma abstrata autonomia das partes quando estas, em muitos casos, não têm mais que a simples iniciativa de contratar, levando a efeito conteúdo contratual inteiramente ditado pelo Poder Público. (Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, cit., p. 75). No mesmo sentido: Maria Celina Bodin DE MORAES, Prefácio a Teresa NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit.

²⁸ Gustavo TEPEDINO, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, cit., p. 4: “Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra,

As crises políticas e sociais do início do século XX demonstraram, ainda, a insuficiência da teoria contratual de uma maneira geral e desmitificaram a propalada pretensão de neutralidade e perpetuidade dos institutos jurídicos tal como o contrato, cuja base teórica não mais se mostrava adequada em face dos novos fenômenos sociais. Nesse contexto, um dos principais desdobramentos da crise do contrato foi o crescimento da reflexão em torno da revisão contratual.

Diante disso, a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* voltou a despertar interesse de autores e da jurisprudência, reaparecendo no meio jurídico com nova “roupagem”. Dentre as diversas novas teorias surgidas para justificar a revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva, três modelos teóricos se destacaram, exercendo influência em diversos sistemas jurídicos, dentre eles, o ordenamento brasileiro: (i) a Teoria da Imprevisão, cunhada na França; (ii) a Teoria da Base do Negócio Jurídico, de origem alemã; e (iii) a Teoria da Excessiva Onerosidade, elaborada pelos italianos.

1.1.1 Teoria da Imprevisão

O direito francês tratou especificamente do problema do desequilíbrio contratual superveniente com a denominação de *teoria da imprevisão*. Trata-se, na realidade, de uma criação jurisprudencial, de aplicação inicialmente voltada para o âmbito do direito administrativo, que encontrou resistência no direito civil, por causa do entendimento rígido do contrato como lei entre as partes, fundamentado no art. 1.134 do *Code*.²⁹ No âmbito do direito privado, a possibilidade de intervenção nos negócios privados se deu principalmente por meio de legislação extravagante.

Conforme destaca Giuseppe Osti, tanto a doutrina como a jurisprudência francesas permaneceram rigidamente fiéis ao princípio *pacta sunt servanda* previsto no art. 1.134 do *Code*, mesmo se mudanças imprevisíveis fizeram com que os efeitos da avença não mais sejam aqueles desejados pelas partes contratantes.³⁰ O mais conhecido caso representativo da aversão

atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia. O estado legislador movimentou-se então mediante leis extracodificadas, atendendo a demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava a debelar”.

²⁹ Art. 1.134 do *Code Civil*: “1) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. 2) Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. 3) Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

³⁰ Giuseppe OSTI, *Clausola “rebus sic stantibus”*, cit., p. 358.

que o ordenamento jurídico francês possuía em relação à revisão do contrato por mudança superveniente das circunstâncias é o chamado caso do *Canal de Craponne*, de 1876: tratava-se de um contrato por meio do qual *Adam Craponne* obrigara-se, em 1576, a construir um canal de irrigação e fazer sua manutenção, em contrapartida de um preço recebido na conclusão, mais uma quantia a ser paga, pelos beneficiários, por quanto durasse o uso do canal.

No entanto, a importância a ser paga pelo uso foi se depreciando com o tempo, de modo que no ano de 1778 já se relatava que o canal não poderia existir por muito tempo se o preço não fosse elevado. A sentença original de 1873 se mostrou favorável à revisão do contrato, mas acabou cassada em 1876, com base na fundamentação de que o art. 1.134 do Código Civil francês estabelece que o contrato faz lei entre as partes e que, “em caso algum, compete aos tribunais, por muito équa que lhes possa parecer sua decisão, tomar em consideração o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir por novas, cláusulas que foram livremente aceitas pelos contratantes”.³¹

O entendimento francês começou a mudar no âmbito da jurisprudência administrativa, justamente porque no direito administrativo francês não havia regra tão rígida como aquela prevista no art. 1.134 do Código Civil. O *leading case* acerca da possibilidade de modificação do contrato em razão do superveniente desequilíbrio foi estabelecido no dia 30 de março de 1916 pelo Conselho de Estado Francês em litígio envolvendo a Prefeitura de Bordeaux e a *Compagnie Générale d’Eclairage* da cidade.

A cidade de Bordeaux havia celebrado contrato com a sociedade concessionária da produção e distribuição de gás que continha cláusula fixando o preço de venda de gás a seus usuários. Devido à alta do preço do carvão – em razão da ocupação das regiões produtoras e da dificuldade de transporte do insumo – e da alta dos salários, o preço inicialmente fixado revelou-se insuficiente, o que alterou o equilíbrio econômico do contrato. Diante disso, a companhia levou o problema à apreciação do Conselho de Estado Francês, que se valeu da teoria da imprevisão para fixar uma indenização a favor da companhia com vistas a compensá-la em razão do desequilíbrio superveniente da relação contratual.³²

Ressalte-se que a decisão não interveio naquilo que as partes contrataram, ou seja, não modificou ou revisou o contrato, tendo se limitado a fixar uma indenização em favor da companhia requerente em razão da execução do contrato após a alteração das circunstâncias, o

³¹ Corte de Cassação Francesa, 6.3.1876, *apud* Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1984, p. 956.

³² Georges RIPERT, *A Regra Moral nas Obrigações Civis* (trad. Osório de Oliveira), São Paulo: Saraiva & Cia, 1937, p. 145.

que reflete a força dos princípios da autonomia da vontade e da intangibilidade do conteúdo dos contratos na cultura francesa. Note-se, ainda, que o principal fundamento da decisão foi o interesse geral na continuação do serviço público e não qualquer razão de justiça contratual.³³

Muito embora as principais decisões acerca da teoria da imprevisão tenham ocorrido no âmbito da jurisprudência administrativa francesa, a mudança de posicionamento lá verificada fez com que a doutrina civilista atentasse para a necessidade de tutelar a alteração superveniente das circunstâncias, com a conseqüente amenização da rigidez do princípio da intangibilidade do conteúdo contratual. Em razão disso, iniciou-se o desenvolvimento da teoria da imprevisão no direito civil francês.

Tal teoria propõe a admissibilidade da revisão judicial dos contratos desde que a alteração das circunstâncias não possa ser prevista e seja de tal ordem que a excessiva onerosidade resultante ultrapassasse a álea ordinária contratual. Mesmo passando a ser admitida por alguns autores, a teoria da imprevisão não foi incorporada espontaneamente pela jurisprudência francesa. Foi só pela via legislativa que se autorizou, no âmbito do ordenamento francês, a revisão ou a resolução de algumas categorias de contratos civis. A mais famosa entre elas foi a *Lei Failliot*, de 21 de janeiro de 1918, que permitiu que os contratos comerciais concluídos antes do início da 1ª Guerra Mundial fossem resolvidos, desde que consistissem na entrega de mercadorias ou gêneros, em prestações sucessivas ou diferidas, e uma das partes provasse que em virtude da guerra sofrera prejuízos exagerados.³⁴

Além da *Lei Failliot*, outras leis excepcionais também autorizaram a intervenção nos pactos privados como, por exemplo, as leis promulgadas no ano de 1919 regulando os contratos de seguros e as hipóteses de aquisição de imóveis a prestação; a lei do ano de 1924 sobre arrendamento; a de 1925 sobre a revisão dos preços de aluguel; a de 1938 sobre reajuste salarial, entre outras.³⁵

O aspecto essencial para a modificação ou resolução do contrato na doutrina francesa é a noção de imprevisibilidade, requisito utilizado como critério para a separação do poder conferido pelo legislador à vontade e o poder conferido pelo legislador ao juiz para a intervenção no contrato. Somente nas situações imprevisíveis seria permitido que o juiz interferisse no regulamento contratual. No âmbito das circunstâncias previsíveis, a vontade livre

³³ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, 2010, p. 76.

³⁴ J. M. Othon SIDOU, *A revisão judicial dos contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 50.

³⁵ J. M. Othon SIDOU, *A revisão judicial dos contratos*, cit., p. 51.

dos contratantes deveria ser entendida como absoluta, não sendo permitido que o poder judiciário se imiscuisse na economia da relação contratual.

A teoria da imprevisão francesa exerceu importante influência na doutrina e na jurisprudência brasileiras, sendo essa provavelmente a denominação mais comum encontrada no direito brasileiro em relação aos casos de desequilíbrio econômico superveniente das prestações contratuais. Embora o Código Civil de 2002 tenha se inspirado prevalentemente no derivado sistema adotado no Direito italiano, a maioria absoluta dos julgados que aplicam o instituto da resolução ou revisão por onerosidade excessiva nomeia a questão de teoria da imprevisão. Além disso, a teoria da imprevisão francesa exerceu viva influência no direito administrativo brasileiro.³⁶

1.1.2 Teoria da Base do Negócio Jurídico

A doutrina alemã tratou do problema da superveniência sob uma perspectiva diversa. No final do século XIX, o jurista alemão Windscheid desenvolveu a chamada teoria da pressuposição, que serviu posteriormente como ponto de partida para o desenvolvimento da teoria da base do negócio jurídico.

A teoria da pressuposição, na sua formulação original, consiste em hipótese de autolimitação da vontade exteriorizada em uma declaração negocial, sustentando Windscheid que as partes contratantes, ao celebrarem determinado negócio jurídico, vinculam sua validade, ainda que de modo tácito, à existência, persistência ou surgimento de determinadas condições. Se tais pressuposições não se realizam, as consequências jurídicas poderão até mesmo corresponder à vontade declarada pelas partes no contrato, porém não à sua verdadeira vontade.³⁷ Por essa razão, se o estado das coisas pressuposto não existir, não se concretizar ou deixar de existir, a relação jurídica constituída através da declaração de vontade não deve se manter. Nas palavras de Windscheid:

³⁶ Note-se, no entanto, que, atualmente, a Lei n. 8.666/1995, que regula os procedimentos de licitações e os contratos da Administração Pública, se afastou da Teoria da Imprevisão, assegurando a manutenção do equilíbrio econômico do contrato mesmo em casos de fatos previsíveis, mas com consequências incalculáveis. Confira-se, nesse sentido, o art. 65 da Lei n. 8.666/1995: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

³⁷ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., p. 21.

“A pressuposição pertence às auto-limitações da vontade. A doutrina habitual enumera como factos através dos quais uma vontade expressa se pode limitar a si própria, a condição, o termo e o *modus*. Penso que esta enumeração não é exaustiva e, designadamente, no lugar do *modus* deve ser colocada a pressuposição. Pode-se considerar a pressuposição uma condição não desenvolvida. Com isso quer dizer-se que a relação jurídica originada através da declaração de vontade é feita depender de um certo estado das coisas. (...) Assim se o estado das coisas pressuposto não existir, ou não se concretizar ou deixar de existir, a relação jurídica constituída através da declaração de vontade não se mantém, a não ser sem, ou melhor, contra a vontade do declarante”.³⁸

“Quando alguém dá alguma coisa ou se obriga ou, também, efectua uma prestação sob a pressuposição de que algo seja, tenha sido ou venha a ser, ou também, não seja, não tenha sido ou não venha a ser e a realidade não corresponda a esta pressuposição, ou deixe de lhe corresponder, então ele pode repetir ou reter ou recuperar em valor o que tenha dado, a obrigação assumida ou a atividade desenvolvida”.³⁹

A teoria da pressuposição de Windscheid foi duramente criticada a seu tempo sob o argumento de que teria a finalidade de tutelar juridicamente os motivos íntimos das partes contratantes, permitindo a dissolução dos negócios jurídicos nos quais as circunstâncias intimamente supostas pelas partes não viessem a se verificar na vigência do contrato, o que acarretaria grandes riscos à segurança do tráfico jurídico. De acordo com os principais críticos da teoria, a pressuposição se confundiria completamente com os motivos pessoais dos contratantes, os quais não são tutelados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, ou bem a pressuposição configurará uma condição de validade do contrato, devendo ser aceita pelo outro contratante, ou constituirá apenas motivo juridicamente irrelevante e, portanto, não poderá ser utilizada como justificativa para a resolução ou anulação do negócio jurídico.⁴⁰

Na tentativa de superar as críticas apontadas pela doutrina à teoria da pressuposição formulada por Windscheid, o jurista alemão Oertmann elaborou a chamada teoria da base do negócio jurídico. De acordo com Oertmann, a base do negócio jurídico poderia ser conceituada

³⁸ WINDSCHEID, *apud* Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no direito civil*, cit., p. 970.

³⁹ WINDSCHEID, *apud* Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no direito civil*, cit., p. 969.

⁴⁰ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., pp. 22 e ss.

como a “representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não recusada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparecimento de certas circunstâncias em que se baseia a vontade negocial”.⁴¹

Dito por outras palavras, a base do negócio jurídico, nessa concepção, consiste na “comum representação mental dos contratantes pela qual ambos se deixaram guiar ao fixar o conteúdo do contrato”,⁴² relativamente à “existência e permanência de certas circunstâncias fundamentais, as quais, sem ter chegado a fazer parte do contrato, foram feitas base do negócio, tanto por ambos os contratantes, tanto por um só, sabendo o outro e não recusando-o, a cujo efeito não devem levar-se em conta as variações previstas ou não previsíveis”.⁴³ Se tais circunstâncias não existirem ou desaparecerem, a parte prejudicada deve, de acordo com a proposição formulada por Oertmann, ter o direito de resolver o contrato.

Como se vê, a teoria da base do negócio formulada por Oertmann se assemelha à teoria da pressuposição de Windscheid na medida em que se fundamenta nas feições psicológicas dos contratantes mas, ao contrário da teoria da pressuposição, a teoria da base do negócio somente considera merecedora de tutela as representações mentais comuns a ambas as partes. A teoria da pressuposição, como visto, atribui relevância às expectativas de apenas uma das partes, mesmo que tais expectativas fossem desconhecidas do outro contratante e, por tal razão, foi alvo de severas críticas, tendo sido acusada de conceder relevância jurídica aos motivos íntimos de uma das partes.⁴⁴

A teoria de Oertmann, no entanto, não foi imune a críticas. Ao ser entendida como a representação sobre a existência ou permanência de certas circunstâncias fundamentais comuns aos contratantes (ou sabidas e não rejeitadas pelo outro) sobre as quais se formou a vontade negocial, verifica-se que a teoria da base do negócio formulada por Oertmann se vincula a uma concepção extremamente subjetivista, aproximando-se da noção do erro.⁴⁵

⁴¹ OERTMANN, *apud* Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., pp. 22 e ss.

⁴² Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., p. 41.

⁴³ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., p. 11.

⁴⁴ Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, Lisboa, 1987, p. 27: “À semelhança da pressuposição de Windscheid, a base do negócio de Oertmann é subjectiva: justificar-se-ia, na sua eficácia, e delimitar-se-ia, no seu âmbito, por, tal como o negócio, emergir da vontade dos celebrantes. Mas vai mais longe: enquanto, para Windscheid, à pressuposição, para ser eficaz, bastaria ser cognoscível pela contraparte, Oertmann requer que ela seja efectivamente ou conhecida ou comum”.

⁴⁵ Nesse sentido, Orlando GOMES, *Transformações no Direito das Obrigações*, São Paulo: RT, 1980, p. 102: “A base subjetiva do contrato há de ser inserida na teoria do erro, disciplinada, portanto, pelas regras atinentes a esse vício de consentimento. Se é uma representação mental que a configura, diz respeito, em última análise, aos motivos do contrato, devendo a lei dizer se são relevantes para autorizar a anulação”.

Além disso, sustenta-se que o fato de as representações mentais de um contratante serem de conhecimento da outra parte não se mostra suficiente para que se possa proteger suas expectativas em relação ao resultado do negócio. Se assim fosse, seria possível que a parte que se sente prejudicada pela superveniência imputasse à outra o risco de quaisquer acontecimentos contrários aos seus interesses, bastando, para tanto, que houvesse comunicado à outra parte acerca de todas as vantagens que esperava da conclusão do contrato.⁴⁶

As críticas relativas à insuficiência da doutrina de Oertmann fizeram surgir diversas propostas de reformulação do conceito da base do negócio jurídico na tentativa de torná-lo mais objetivo,⁴⁷ que culminaram na famosa sistematização feita por Karl Larenz.

Larenz, partindo do trabalho de Oertmann, procurou sistematizar e aperfeiçoar a teoria da base do negócio, diferenciando-a em duas acepções distintas, as quais “se referem a diferentes suportes fáticos e que produzem consequências jurídicas distintas”:⁴⁸ (i) a base subjetiva, formulada originalmente por Oertmann, que consiste na representação mental de uma (com conhecimento da outra) ou de ambas as partes existente no momento de conclusão do negócio e que tenha influído decisivamente na celebração do contrato; e (ii) a base objetiva, entendida como o “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, sabendo ou não os contratantes, pois, não sendo assim, não se alcançaria o fim do contrato”.⁴⁹

A teoria da base objetiva do negócio pode ser entendida como o estado geral das coisas e das circunstâncias cuja existência ou manutenção é objetivamente necessária para que o pacto subsista, de acordo com a finalidade perseguida pelos contratantes.⁵⁰ As partes, quando celebram um contrato, levam em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, como a ordem econômica ou social existente, o poder aquisitivo da moeda, as condições normais do tráfico, sem as quais o contrato não alcança o seu escopo.

⁴⁶ Mario BESSONE, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 137. Para Antônio MENEZES CORDEIRO, a teoria da base do negócio formulada por OERTMANN pode ser fundamentalmente criticada na medida em que “tudo quanto, de válido e eficaz, possa ser imputado à vontade das partes, consta do negócio, por isso a alteração das circunstâncias, a actuar através da vontade das partes, há-de filtrar-se no contrato. Fora disso, apenas o Direito objectivo, independentemente de quaisquer vontades, pode agir nos negócios das partes. A alteração das circunstâncias mais característica é aquela que surge totalmente de surpresa para as partes ou para uma delas. E aí, a base do negócio subjectiva nunca daria solução” (Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, cit., p. 28).

⁴⁷ Nessa direção, é possível citar os trabalhos dos juristas alemães E. KAUFMANN, KRÜCKMANN e LÖCHER. Sobre o tema, cf. Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, cit., p. 28.

⁴⁸ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., p. 38.

⁴⁹ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., p. 37.

⁵⁰ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., p. 170.

Se, após a conclusão do contrato, sucederem modificações fundamentais nessas circunstâncias consideradas pelas partes no momento da ponderação de seus interesses e da distribuição dos riscos, fazendo com que a avença perca completamente seu sentido originário e acarrete consequências diferentes daquelas planejadas pelas partes ou que razoavelmente deveriam projetar, o direito, segundo Larenz, deverá tutelar tais situações para que a injustiça não se perpetue em nome da segurança jurídica.⁵¹

De acordo com a sistematização proposta por Karl Larenz, o rompimento da base objetiva do negócio pode acontecer nas seguintes hipóteses: (i) a destruição da relação de equivalência entre a prestação e a contra prestação do contrato; e (ii) a frustração do fim contratual.

Na primeira hipótese, ocorrerá a quebra da base objetiva do negócio quando, por conta de acontecimentos externos à economia do ajuste, a relação de correspectividade entre prestação e contraprestação restar de tal forma abalada que não se possa mais falar legitimamente em contraprestação, deixando, portanto, de se tratar de contrato bilateral. Em tal situação haveria o desaparecimento completo da base do negócio jurídico, tendo em vista que, ao celebrar um contrato sinalgmático, todos os contratantes objetivam a existência de uma contraprestação que seja relativamente equivalente à sua prestação.

No caso de rompimento da base negocial através da frustração do fim contratual, as circunstâncias que levaram à conclusão do contrato se alteram de tal forma que não há mais interesse nem utilidade no cumprimento da prestação, mesmo sendo ela perfeitamente possível. É a hipótese clássica, exemplificada por Karl Larenz, dos *coronation cases*, em que pelo cancelamento da coroação do Rei Eduardo III, na Grã-Bretanha, uma série de contratos de locação pactuados justamente para que os interessados pudessem apreciá-la de algumas sacadas que estavam no itinerário do cortejo perderam sua finalidade.

Embora também alvo de severas críticas – ligadas principalmente à própria cisão da base do negócio que, segundo os críticos, requer simultaneamente, na sua determinação, elementos objetivos e subjetivos⁵² – a teoria da base objetiva formulada por Larenz ganhou

⁵¹ Karl LARENZ, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*, cit., p. 314. Na lição de Clóvis do COUTO E SILVA: “O conceito de base objetiva (...) não leva em conta a posição de apenas uma das partes do contrato, e, sim, a de ambos os figurantes. A base objetiva do negócio jurídico decorre de uma ‘tensão’ ou ‘polaridade’ entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional – o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente” (Clóvis do COUTO E SILVA, *A Teoria da Base do Negócio Jurídico*, in Véra Maria Jacob de FRADERA (org.), *O Direito Privado na Perspectiva de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 93-94).

⁵² Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé no direito Civil*, cit., p. 1048. O mesmo autor, em outro texto explica a principal crítica que comumente se atribui à sistematização proposta por Larenz: “a ‘base

apoio de diversos autores em razão de apresentar requisitos mais flexíveis em comparação com a teoria da imprevisão. A teoria da base objetiva não exige para a revisão contratual a imprevisibilidade do acontecimento que altera a relação de equivalência do contrato, permitindo que abranja mais hipóteses que as demais teorias acerca da alteração superveniente das circunstâncias.

Recentemente, a Reforma Geral do Direito das Obrigações, que entrou em vigor na Alemanha em janeiro de 2002, alterou determinados dispositivos no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), incluindo regra expressa (§ 313, BGB) acerca da teoria da base do negócio jurídico, a qual permite a modificação ou a extinção do contrato quando um evento superveniente desequilibre a relação jurídica entre os contratantes ou fruste a finalidade negocial. Confira-se o teor do dispositivo:

- §313. 1. Se as circunstâncias que formam a base do negócio se alteram consideravelmente após a conclusão do contrato, de modo que as partes não o teriam concluído ou não o teriam feito com esse conteúdo caso fosse possível prever tal alteração; é possível solicitar a adaptação do contrato, sempre que não seja possível exigir de uma parte a vinculação ao contrato, tendo em vista as circunstâncias do caso, especialmente a distribuição contratual ou legal do risco.
2. Dita alteração de circunstâncias é equiparável à falsa representação da realidade que pertence à base do negócio.
3. Se a adaptação do contrato não é possível ou não é exigível a uma das partes, o contratante em desvantagem pode solicitar a resolução do contrato. Em vez da resolução, nos contratos de trato sucesso, as partes têm o direito de denunciar o contrato.⁵³

objectiva' só pode ser determinada com recurso ao próprio contrato, à sua interpretação e, logo, à vontade das partes, uma vez que a estas compete determinar o tipo de equivalência existente entre a prestação e a contraprestação e, de igual modo, firmar a margem do risco que considerem aceitável, enquanto que o escopo contratual é, por definição, função de cada contrato e das vontades neles corporizadas; na 'base subjectiva', o recurso a intenções e a pressuposições comuns das partes torna-se impraticável sem a introdução de critérios objectivos" (Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, cit., p. 29).

⁵³ Tradução livre. No original: "(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung".

A Reforma de 2002 do Código Civil alemão, portanto, introduziu expressamente a teoria da base do negócio jurídico, tanto em sua perspectiva subjetiva quanto em sua perspectiva objetiva, de modo a permitir prioritariamente a revisão do contrato em caso de alteração superveniente de circunstâncias e, subsidiariamente, sua extinção.

No sistema jurídico brasileiro, a teoria da base objetiva do negócio jurídico, embora não tenha sido adotada pelo Código Civil de 2002, foi eleita pelo Código de Defesa do Consumidor para regular a revisão contratual por alteração superveniente de circunstâncias no âmbito das relações de consumo (artigo 6º, V do CDC).⁵⁴ Com base nesse dispositivo, é permitido que o consumidor afetado por uma alteração de circunstâncias que torne sua prestação excessiva onerosa exija a modificação do contrato independentemente de imprevisibilidade e/ou extraordinariedade do fato perturbativo,⁵⁵ o que se justifica “por ser o CDC um diploma que visa à proteção do consumidor em situações de permanente desequilíbrio, informado pelo princípio constitucional da solidariedade e da isonomia substancial, a fim de suprir a parte presumidamente mais vulnerável (CDC, art. 4º, I)”.⁵⁶

1.1.3 Teoria da Superveniente Onerosidade Excessiva da Prestação

Na Itália, a questão da alteração superveniente das circunstâncias não foi abordada pelo Código Civil de 1865, em razão de sua clara inspiração liberal. O tema apenas reingressou na cultura jurídica italiana no início do século XX em razão dos problemas causados pela 1ª Guerra Mundial aos contratos de duração. Um dos primeiros autores italianos a tratar do tema nessa época foi Giuseppe Osti, que fundamentava a possibilidade de resolução ou revisão contratual na teoria da vontade.⁵⁷

A aceitação da resolução contratual por onerosidade excessiva superveniente, porém, não encontrou inicialmente apoio nos demais autores e na jurisprudência italiana. No imediato pós-guerra, o posicionamento dos autores e magistrados italianos era o de não admitir a cláusula *rebus sic stantibus* ou outras teorias derivadas. Nesse período, foi necessária a intervenção do

⁵⁴ Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

⁵⁵ Fabiana Rodrigues BARLETTA, *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 139 e ss.

⁵⁶ Gustavo TEPEDINO TEPEDINO; Maria Celina Bodin DE MORAES e Heloisa Helena BARBOZA, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 616.

⁵⁷ Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, t. XXX, 1980, pp. 160 e ss.

legislador, por meio de promulgação de diplomas pontuais, para resolver a problemática da alteração superveniente das circunstâncias.⁵⁸

Nesse contexto, no ano de 1915, foi promulgada inovadora medida legislativa que, em manifesta relação com o tema de impossibilidade superveniente da prestação, dispôs que “(...) a guerra é considerada caso de força maior não só quando torne impossível a prestação, mas também quando a torne excessivamente onerosa (...)”.⁵⁹ Diante dessa e de outras intervenções legislativas, o tema da alteração superveniente das circunstâncias voltou a ser debatido pela doutrina italiana até ser consolidado pelo Código Civil de 1942, que previu expressamente o instituto da resolução do contrato por excessiva onerosidade,⁶⁰ uma variante da teoria da imprevisão.⁶¹ De acordo com Elio Osilia, a introdução de tal regra é entendida como “a expressão do princípio da solidariedade entre os contratantes, princípio moral e não econômico, estranho que este é à natureza do ato de troca”⁶² e se encontra previsto nos artigos 1.467 a 1.469 do Código Civil italiano.⁶³

⁵⁸ Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé no direito Civil*, cit., pp. 980-981.

⁵⁹ Art. I do *decreto luogotenenziale* de 25.5.1915. Sobre o tema, v. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 156.

⁶⁰ Paolo Tartaglia explica que a teoria da excessiva onerosidade foi a forma que o legislador encontrou para amenizar a força do princípio *pacta sunt servanda*, permitindo a reparação a graves fatores de desequilíbrio contratual não previstos ou não previsíveis à época de celebração da avença: “Il legislatore si è trovato dinanzi all’alternativa di considerare prevalente il principio *pacta sunt servanda*, secondo il quale non bisogna dar rilievo a qualunque modificazione della realtà sopravvenuta alla conclusione del contratto (al di fuori della impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore), oppure di aprire una breccia in questa rigida costruzione normativa dando accesso ad un nuovo strumento che fosse in grado di porre riparo a gravi fattori di squilibrio contrattuale non previsti né prevedibili al momento della stipulazione, ma anche avrebbe inciso gravemente sulla sicurezza e stabilità delle contrattazioni. Occorreva dunque superar la barriera protettiva costruitasi nei secoli a salvaguardia della certezza contrattuale e, dunque, delle promesse contenute nelle pattuizioni intercorso tra le parti, consentendo, invece, in ipotesi di mutamento radicale dei presupposti contrattuali, l’utilizzazione di un rimedio che fungesse da correttivo alla nuova situazione venutasi a creare” (Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 157).

⁶¹ São consideradas teorias fundadas na imprevisão “aquelas construções que justificam a resolução ou revisão de um contrato que se tornou excessivamente oneroso no decorrer do tempo, em virtude de transformações ocorridas posteriormente à contratação, que não puderam ser previstas no momento da formação do referido contrato” (Fabiana Rodrigues BARLETTA, *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, cit., pp. 17-18).

⁶² Elio OSILIA, *Sul fondamento della risolvibilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano: Giuffrè, 1949, p. 43.

⁶³ Confirmam-se os mencionados dispositivos do Código Civil italiano: “Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. Art. 1468. Contratto con obbligazioni di una sola parte. Nell’ipotesi prevista dall’articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità. Art. 1469. Contratto aleatorio. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti”.

Os principais requisitos estabelecidos pelo texto legal italiano são os seguintes: (i) contrato de execução continuada, periódica ou diferida; (ii) onerosidade superveniente excessiva da prestação contratual, que extrapole a álea normal do contrato; (iii) incidência de um acontecimento extraordinário e imprevisível em relação ao momento da estipulação do contrato; (iv) não se trate de contrato aleatório pela sua própria natureza ou pela vontade das partes. Além deles, dois requisitos de construção doutrinária e jurisprudencial podem ser agregados àqueles: (i) a prestação não tenha sido ainda exaurida no momento em que ocorre a onerosidade; e (ii) ausência de mora da parte que alega a excessiva onerosidade superveniente da prestação.⁶⁴ Na teoria italiana da excessiva onerosidade, conforme aduz Judith Martins-Costa, a “noção ‘forte’ não é (como na Teoria da Imprevisão francesa) a de ‘imprevisibilidade’ (embora a comporte), mas efetivamente, como o próprio nome está a indicar, a de uma excessiva onerosidade para uma delas”.⁶⁵

A lei italiana confere uma ordem de remédios para o problema. A solução prioritária no caso de excessiva onerosidade superveniente é a resolução do contrato. A revisão do ajuste consiste em remédio secundário e de titularidade apenas do demandado: apresentada a demanda de resolução por onerosidade excessiva, nasce para a parte demandada o direito de evitar a resolução oferecendo-se a modificar equitativamente os termos do contrato. Apenas para os contratos unilaterais é admitido o remédio de demanda de revisão direta da prestação, com a sua redução ou modificação no modo de execução.

O Código Civil brasileiro de 2002 se baseou inequivocamente na teoria da excessiva onerosidade consagrada no Código Civil italiano de 1942. Os arts. 478 a 480 do Código Civil são claras adaptações dos arts. 1467 a 1469 do Code, com algumas modificações.⁶⁶

1.2. A excessiva onerosidade no Código Civil brasileiro de 2002

O Código Civil de 1916 não trazia a possibilidade de revisão ou resolução do contrato em virtude da alteração superveniente das circunstâncias que afetassem o equilíbrio do ajuste. Tanto a doutrina como a jurisprudência brasileiras se mostraram inicialmente contrárias à utilização da teoria da imprevisão ou de uma de suas variantes nas primeiras décadas do século passado. Sobre o tema, afirmava J. X. Carvalho de Mendonça:

⁶⁴ Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., pp. 160 e ss.

⁶⁵ Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, in *Rivista Roma e America – Diritto Romano Comune*, vol. 16, Roma, 2003, p. 150.

⁶⁶ Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., pp. 144 e ss.

“A declaração originária de vontade não se altera nem se modifica com a superveniência de fatos ou acontecimentos previsíveis, não cogitados pelas partes, ou não estabelecidos em lei. O nosso direito positivo não consagrou a cláusula subentendida *rebus sic stantibus*, também denominada hodiernamente a *superveniência contratual*, ou a *imprevisão* ou *laesio superveniens*, especialmente nos contratos com prestações continuadas ou por qualquer modo diferidas”.⁶⁷

De acordo com a teoria clássica dos contratos, adotada pelo Código Civil de 1916, o princípio *pacta sunt servanda* era considerado absoluto, insuscetível de sofrer qualquer mitigação. O contrato fazia lei entre as partes, caracterizando-se pelos princípios clássicos da autonomia privada, da obrigatoriedade dos pactos e da relatividade dos efeitos contratuais. Nas palavras de J. M. de Carvalho Santos, em comentário acerca da teoria contratual vigente à época do Código Civil de 1916:

“O contrato vale como lei entre as partes. Tal é o axioma que traduz o princípio tradicional de direito, segundo o qual, uma vez ultimado o contrato, a sua observância se impõe às partes, de modo inflexível, como se fora uma lei, só podendo ser modificado ou revogado pelo consenso mútuo das partes, ou por causas autorizadas em lei. (...) Valendo como lei, na expressiva imagem com que se procura dar uma ideia de sua força obrigatória, é natural que nenhuma das partes possa deixar de executá-lo ou cumpri-lo fielmente, sem que sofra uma sanção, salvo se a outra parte concorda em que isso se verifique, desobrigando, assim, o contraente inadimplente (...). Se não fora assim, constituiriam os contratos uma fonte inesgotável de desavenças e demandas, estabelecendo-se a desordem e a imoralidade entre os homens, com graves prejuízos para a ordem pública e solidariedade social”.⁶⁸

⁶⁷ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VI, parte I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, pp. 61-62. O mesmo entendimento era seguido pela jurisprudência brasileira. Nesse sentido, cf. Tribunal de Apelação de São Paulo, Ap. Civ. 21.464, Rel. Percival de Oliveira, julg. 11.4.1944 (RT 150/643).

⁶⁸ J. M. de CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, vol. XV, p. 22.

Explica-se, assim, a razão pela qual o Código Civil de 1916 desconheceu qualquer regra geral acerca da alteração das circunstâncias, embora alguns esparços artigos da codificação fossem apontados como precursores da cláusula *rebus sic stantibus* no direito brasileiro.⁶⁹

O ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, a partir principalmente da década de 30, “sofre indiscutível transformação, não passada despercebida pela doutrina mais atenta”.⁷⁰ A partir desse momento histórico, diversos doutrinadores passaram a defender a aplicação da teoria da imprevisão no direito brasileiro, mesmo sem previsão legislativa expressa, se destacando nesse tema Arnaldo Medeiros da Fonseca.⁷¹ Também a jurisprudência da época, sensível às injustiças causadas em determinadas situações de alteração superveniente das circunstâncias, passou a acolher a possibilidade de revisão ou resolução dos contratos, com base principalmente nas teorias da imprevisão e da base do negócio jurídico.⁷²

Os rígidos requisitos exigidos pela doutrina e pela jurisprudência, no entanto, fizeram com que a teoria da imprevisão tivesse aplicação restrita pela jurisprudência pátria. Mesmos os efeitos nocivos do fenômeno inflacionário que passaram a assolar as contratações a partir da década de 1960, foram considerados, em diversos casos, como previsíveis ao argumento de que “quem quer que contrate num país que sofre do mal crônico da inflação sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato sendo, o desequilíbrio, previsível”.⁷³

O mesmo ocorreu em relação aos planos econômicos adotados ao longo das décadas de 1980-1990, entre os quais se situam os Planos Cruzado I, Cruzado II, Bresser, Brasil Novo e Collor, que tinham como objetivo controlar o fenômeno inflacionário por meio da desindexação da economia. Embora tais planos tenham apresentado êxito em um primeiro momento, com a

⁶⁹ Nesse sentido, os artigos 401, 762, I e II, 1.058, 1.091, 1.131, 1.250, 1.254 e outros do Código Civil de 1916, que permitiam em determinadas hipóteses a resolução ou a modificação das condições pactuadas.

⁷⁰ Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, cit., p. 74.

⁷¹ Arnaldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuíto e Teoria da Imprevisão*, cit., *passim*.

⁷² V., nesse sentido, STF, RE 8.599, Rel. Min. Hahnenann Guimarães, julg. 21.12.1948 (RT 189/557).

⁷³ Orlando GOMES, *Transformações no Direito das Obrigações*, cit. p. 148. Na jurisprudência: “Compromisso de compra e venda de unidade imobiliária em construção, com envolvimento de cota do respectivo terreno. Inadimplência que enseja sua rescisão, e, com ela, de arrastão, ao que o pactuantes livremente convencionaram. Quem se predispõe à assunção de compromisso, deve pensar duas ou mais vezes, porque salvo configurado vício de consentimento, o ‘contrato faz lei entre as partes’, tratando-se de adesão livre e consciente. Os riscos são inerentes em tudo, companheiros inseparáveis do homem no mundo negocial. A cláusula ‘rebus sic stantibus’, construída em torno da teoria da imprevisão, tem por escopo atenuar a responsabilidade de devedor ante absoluta impossibilidade de cumprir as obrigações assumidas nos contratos de longo prazo, mas não pode ser arguido, para justificá-la, o fenômeno da álea econômica da inflação, porque esta atinge a todos indistintamente. Se o Judiciário altera o contrato a favor de um, positivamente estará prejudicando o outro, eis que rompe o equilíbrio das causas e seus efeitos” (TJRJ, Ap. Cív. 1989.001.02130, 8ª CC, Rel. Des. Ellys Hermydio Figueira, julg. 24.10.1989). V. tb. STJ, REsp. 87.226, 3ª T., Rel. Min. Costa Leite, julg. 21.5.1996; STF, 1ª T., RE 74.069, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. 9.10.1973.

diminuição e manutenção das taxas inflacionárias, os efeitos da inflação constantemente retornavam ao cenário nacional, atingindo de forma abrupta os contratos de longa duração.

Mesmo nesses casos, parte da jurisprudência se mostrava resistente à aplicação da teoria da imprevisão com base no argumento de que a inflação não poderia ser considerada imprevisível na economia brasileira,⁷⁴ embora algumas decisões tenham admitido a intervenção judicial nos contratos sob o fundamento de que, não obstante a inflação constituir fenômeno corriqueiro da economia nacional da época, as consequências concretas acarretadas pelos índices inflacionários estavam além do previsível pelos contratantes.⁷⁵

No entanto, contribuiu decisivamente para o posicionamento favorável da jurisprudência à revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva superveniente a promulgação da Constituição da República de 1988, que consagrou expressamente os valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III), e, ainda, a edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o qual exprime a nova tábua axiológica prevista na Constituição na disciplina dos contratos de consumo.⁷⁶

Nesse sentido, o CDC, em seu artigo 6º, inciso V, previu expressamente a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornassem excessivamente onerosas. Conforme destaca Laura Coradini Frantz, por “um fenômeno de ‘expansão’ para o direito comum dos contratos – explicável em vista da defasagem do direito civil perante a realidade social – alguns dos princípios do CDC foram aplicados de forma ‘máxima’, ultrapassando as suas fronteiras e permitindo, assim, a renovação por via indireta do velho Código Civil”.⁷⁷

O próprio instituto do contrato, nesse contexto, é redesenhado⁷⁸ a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na tendência que se denominou de

⁷⁴ V., por ex., TSJP, Ap. Cív. 107.165-1, 1ª CC, Rel. Des. Luiz Azevedo (RT 646/57).

⁷⁵ Nesse sentido: “Contrato de locação. Rescisão, por aplicação da teoria da imprevisão. Contrato celebrado em 1983, para vigor por doze anos, com reajustes anuais de 30%. Aluguel tornado irrisório, por efeito da inflação. Previsibilidade da inflação, mas não do desvario inflacionário dos anos recentes. Ação julgada procedente” (Tribunal de Alçada do RS, Ap. Cív. 191047182, Rel. Des. José Maria Rosa Tesheiner, julg. 3.9.1991). Para uma análise da aplicação da teoria da imprevisão aos planos econômicos, v. Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, cit., pp. 73 e ss.

⁷⁶ Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 7.

⁷⁷ Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 103.

⁷⁸ “Seria insuficiente, vê-se, de logo, apontar, no curso das profundas transformações econômicas, políticas, sociais e jurídicas, por que passa a sociedade, com intervenção crescente do Estado nos negócios privados, a transformação do contrato com uma simples atenuação da autonomia privada em favor de uma maior ocupação de espaço por parte do interesse público. Trata-se, de forma muito mais profunda, de rever os próprios princípios da teoria contratual, e de reconhecer a insuficiência de submetê-la a uma abstrata autonomia das partes quando estas, em muitos casos, não têm mais que a simples iniciativa de contratar, levando a efeito conteúdo negocial inteiramente

“despatrimonialização”. Conforme aduz Pietro Perlingieri, a despatrimonialização, nesse contexto, não significa ignorar por completo o conteúdo patrimonial das relações jurídicas, mas sim redimensioná-las, funcionalizando-as aos valores existenciais que, com as Constituições contemporâneas, passaram a ocupar o vértice do sistema jurídico.⁷⁹

Com a aplicação da nova tábua axiológica inaugurada pela Constituição da República e após o advento do Código de Defesa do Consumidor, os princípios contratuais clássicos da autonomia privada, da intangibilidade do conteúdo do contrato e da relatividade de seus efeitos passaram a ser atualmente relativizados por um conjunto de novos princípios: (i) boa-fé objetiva; (ii) equilíbrio econômico entre as prestações; e (iii) função social do contrato. Sobre o tema, destacou Gustavo Tepedino:

“A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, Código Civil), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, Código Civil). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros (boa-fé objetiva), ao mesmo tempo que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato (função social do contrato)”.⁸⁰

ditado pelo Poder Público” (Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, cit. p. 75).

⁷⁹ “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim em si mesmo, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exautores ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit. p. 33).

⁸⁰ Gustavo TEPEDINO, *Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: A Exegese da Cláusula To The Best Knowledge Of The Sellers*, in *Temas de Direito Civil*, vol. 2, 2006, pp. 250-251.

Nessa direção, os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico das prestações e da função social do contrato – introduzidos inicialmente para a tutela do consumidor e posteriormente expandidos para alcançar as relações paritárias – se comunicam com os princípios contratuais clássicos, relativizando seus contornos até então inflexíveis em sua essência e inaugurando uma nova dogmática contratual.⁸¹ Tais princípios retiraram a tradicional soberania da vontade individual,⁸² que a passa ser atualmente submetida e funcionalizada aos valores sociais colocados no ápice do ordenamento jurídico pela Constituição da República. Além disso, diante de todas as já mencionadas modificações sociais e normativas pela qual passou o ordenamento jurídico brasileiro, também o princípio do *pacta sunt servanda* passa a ter fundamento renovado: apenas o contrato que respeite a dignidade dos contratantes, seja em relação à situação concreta, seja em relação aos princípios e valores consagrados na Constituição da República, deve valer como lei entre as partes.⁸³

Concretizando a nova tábua axiológica inaugurada pela Constituição da República, o Código Civil de 2002 inovou em relação ao Código Civil de 1916 ao dispor expressamente sobre a possibilidade de resolução e revisão dos contratos de duração com base na superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, capazes de comprometer o equilíbrio entre as prestações, tal qual estabelecido originalmente pelos contraentes. A consagração do instituto da

⁸¹ “Ao discorrer sobre os novos princípios, o estudo suscita o problema de se definir o modo como tais princípios devem interagir com os princípios estruturantes do modelo clássico. Não parece acertado afirmar que os novos princípios são meramente subsidiários, e por isso não justificariam uma reformulação nas bases da teoria contratual como um todo; tampouco seria acertado afirmar-se que a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social fizeram desaparecer os princípios clássicos. Nem uma nem outra dessas hipóteses, postas assim, em termos absolutos, poderia ser confirmada. Vive-se hoje um momento em que novos e velhos princípios convivem simultaneamente; vive-se um momento, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, de ‘hipercomplexidade’, já que aos princípios clássicos não se pode simplesmente opor os novos princípios, como se aqueles houvessem sido unilateralmente substituído por estes” (Teresa NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 8).

⁸² “É conquista relativamente recente na dogmática o princípio de que a vontade do legislador não prevalece na interpretação da lei, porque essa precisa adaptar-se às condições sociais. As leis, portanto, tendo destino duradouro, não podem ficar condicionadas a uma hipotética vontade do legislador e são adaptadas às situações de cada época. Nos contratos – na época em que prevalecia interpretação da vontade abstrata – o fenômeno era o mesmo. ‘*Pacta sunt servanda*’ era princípio que não comportava exceção. O sistema de direito manifestava-se no que tocasse à interpretação de modo harmônico. Em se tratando de lei, vigorava a vontade do legislador e, no respeitante aos atos jurídicos, o princípio também era o que correspondia àquela posição, o da vontade das partes. Colocava-se assim o ato jurídico completamente à margem da vida. O pensamento, porém, daqueles que veem no contrato uma vontade abstrata, que defendem a posição de que, uma vez perfeitos, estão livres de toda e qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, outra coisa senão em considerar o contrato como algo meramente formal, verdadeiro mecanismo à margem da vida, maior produtor de conflitos de interesses do que soluções para os mesmos” (Clovis do COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, pp. 131-132).

⁸³ Em sentido semelhante: “É claro que o *pacta sunt servanda* ainda vige no sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não pelo argumento de que sobre ele edifica a ideia de segurança jurídica nas avenças, uma vez afirmado que a justiça contratual reside na comutatividade relação, pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos” (Paulo NALIN, *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*, Curitiba: Juruá, 2001, p. 142).

excessiva onerosidade pelo Código Civil serve a demonstrar que a teoria contratual deduzida do ordenamento jurídico brasileiro pressupõe a flexibilização dos princípios clássicos, em especial, neste caso, do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato.⁸⁴

O Código Civil de 2002 tutela a possibilidade de resolução ou revisão dos contratos por onerosidade excessiva em dois momentos distintos: no art. 317 (constante no Livro do Direito das Obrigações, Título III – Adimplemento das Obrigações, Seção III – Do Objeto do Pagamento e sua Prova), e nos arts. 478 a 480 (também inseridos no Livro do Direito das Obrigações, mas no Título V – Dos Contratos em Geral, Seção IV – Da Resolução por Onerosidade Excessiva).

Os artigos 478 a 480, inspirados inequivocamente nos artigos 1.467 a 1.469 do Código Civil italiano, regulam a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva e de sua revisão nas hipóteses em que o réu da ação de resolução se ofereça para modificar as condições contratuais ou nos casos envolvendo contratos unilaterais.⁸⁵ Nas palavras de Miguel Reale, um de seus idealizadores, o instituto previsto nos artigos 478 a 480 constitui exemplo de solução de compromisso entre liberdade e justiça contratuais: “Eis aí um exemplo em que, de um lado, se preserva o direito de contratar e, de outro lado, se previne o abuso que o contratante pode exercer, tirando proveito para si de circunstâncias que estão alheias à vontade de ambos naquele momento em que as vontades se uniram pelo laço contratual”.⁸⁶

O art. 317 do Código Civil, por sua vez, em sua origem, tinha como função precípua a recomposição do valor real da prestação pecuniária em razão de desvalorização monetária. Tratava-se, portanto, de dispositivo que, em sua concepção original, se limitava às prestações em dinheiro. Confira-se, nessa direção, o teor original do art. 317, na época art. 311 nos anteprojetos de Código Civil de 1972 e 1973:

Art. 311. Quando, pela desvalorização da moeda ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução,

⁸⁴ Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 133, que destaca: “Afinal, por meio deste instituto [excessiva onerosidade], confere-se à autoridade judicial o poder não apenas de resolver o contrato, mas, igualmente, de interferir no programa contratual, mantendo a integridade do vínculo mediante a modificação equitativa dos termos e condições contratuais”.

⁸⁵ Art. 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. Art. 479: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. Art. 480: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

⁸⁶ Miguel REALE, *Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 2005.

o juiz determinará a correção monetária, mediante aplicação de índices oficiais, por cálculo do contador.

No entanto, durante a tramitação do projeto de lei que viria a se tornar o atual Código Civil, a redação do art. 317 passou por sucessivas alterações que modificaram substancialmente seu sentido original. Quando da passagem do projeto do Código Civil de 2002 pelo Senado Federal, o relator da comissão encarregada do projeto defendeu a ampliação do âmbito de aplicação do dispositivo, sustentando: “Não se deve considerar a desvalorização monetária, para admitir a revisão de valores convencionados. Outros fatores, e imprevisíveis, poderão ocorrer, gerando o desequilíbrio das prestações e justificando o reajustamento delas”.⁸⁷

Assim sendo, a redação original do art. 317 sofreu modificações que, dentre outros efeitos, suprimiram as expressões “pela desvalorização da moeda”, e “correção monetária”, trocando-as por “motivos imprevisíveis” e “valor real da prestação”, respectivamente. Em razão de tais modificações, a abrangência de tal dispositivo se tornou geral, não mais limitada às prestações em dinheiro. Ao final, o art. 317 foi aprovado com a seguinte redação, consagrada no Código Civil de 2002:

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

Diante disso, os artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil devem ser interpretados em conjunto, como partes de um sistema complexo de regulação da teoria da excessiva onerosidade aplicável às relações paritárias no Direito brasileiro.

Cabe notar que o Código Civil não estendeu às relações privadas paritárias a mesma solução adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que permite que a revisão contratual dos contratos por superveniente onerosidade excessiva independentemente da previsibilidade do fato. No sistema do Código Civil, a onerosidade excessiva e o consequente desequilíbrio das prestações não são capazes de, autonomamente, ensejar a resolução do contrato, senão quando

⁸⁷ MARINHO, Josaphat. *Parecer de à Emenda n. 327 do Senado Federal*, in *Código Civil: O Projeto do Código Civil no Senado Federal*, Brasília: Senado Federal, 1997, v. 1. p. 332.

se demonstre o caráter extraordinário e imprevisível da alteração das circunstâncias que o hajam determinado.⁸⁸

A consagração da resolução ou revisão do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil de 2002, no entanto, mesmo que operacionalizada em termos predominantemente voluntaristas – na medida em que depende do fator imprevisibilidade – deve ser interpretada como inserida em um sistema normativo que tem a Constituição da República em seu vértice, a qual inaugura uma nova ordem jurídica, personalista e solidarista, e consagra, na dogmática contratual, os novos princípios da boa-fé, da função social, do equilíbrio das prestações e da conservação dos contratos, os quais devem conviver harmonicamente com os tradicionais princípios contratuais da autonomia privada, da intangibilidade do conteúdo do contrato e da relatividade de seus efeitos.

É por tal razão que se mostra necessário interpretar os pressupostos e os efeitos deduzidos nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil à luz da ordem constitucional em vigor e dos novos princípios inspiradores da atual dogmática contratual, tarefa a que se dedicarão os capítulos seguintes do presente trabalho.

⁸⁸ Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 130.

2. REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE NO CÓDIGO CIVIL

2.1. Contratos de duração. Necessidade de alteração superveniente na economia do contrato

O artigo 478 do Código Civil, inicialmente, limita a incidência da teoria da excessiva onerosidade aos contratos de execução continuada ou diferida.

São contratos de execução continuada aqueles que necessariamente perduram no tempo, sujeitando o devedor a um cumprimento que não se esgota em um único momento, mas que se prolonga por um intervalo temporal determinado, ou que se reitera periodicamente.⁸⁹ Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, o contrato de execução continuada (ou de trato sucessivo) é aquele que “sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato”, sendo caracterizados pelo fato de que “os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce”.⁹⁰ Exemplo clássico de contrato de execução continuada é o contrato de locação, em que a prestação do aluguel não tem efeito liberatório, mas representa apenas o débito relativo a um período determinado e, portanto, seu pagamento não encerra o contrato, que prossegue até a ocorrência de uma causa extintiva.⁹¹

Os contratos de execução diferida, por sua vez, em oposição aos contratos de execução imediata, caracterizam-se por ter seu vencimento, ou o momento inicial de sua execução, protraído no tempo, seja por meio da previsão contratual de termo ou de condição.⁹² Os contratos de execução diferida podem apresentar-se sob duas modalidades. No primeiro caso, a execução do contrato é protraída no tempo em razão da própria natureza das prestações devidas; na segunda hipótese, é a vontade das partes que determina a dilação da execução das obrigações contratuais. O Código Civil de 2002, ao cuidar da teoria da imprevisão por onerosidade excessiva, abraçou ambas as modalidades de contratos de execução diferida.⁹³

⁸⁹ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, in *Revista de Direito Privado*, n. 20, ano 5, out-dez 2004, São Paulo: RT, p. 200.

⁹⁰ Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 60.

⁹¹ Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 60.

⁹² Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 201. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 60: “De execução *diferida* ou *retardada* é aquele em que a prestação de uma das partes não se dá de um só jato, porém a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*”.

⁹³ Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 95-96.

A rigor, para a aplicação da teoria da excessiva onerosidade, mostra-se essencial que o fator tempo tenha a possibilidade de incidir na relação contratual de modo a provocar uma variação substancial entre o sacrifício econômico originalmente comprometido na celebração do contrato e o existente no momento de execução do ajuste.⁹⁴ Ou seja, é necessário que haja um intervalo temporal (mesmo que curto) entre o momento de celebração do contrato e o momento de sua execução.⁹⁵ Por tal razão, parece correto o entendimento de Francisco Paulo de Crescenzo Marino, segundo o qual o legislador, no artigo 478, tomou a parte pelo todo, empregando a expressão “contratos de execução continuada ou diferida” no sentido de qualquer contrato de duração.⁹⁶

Os contratos de duração são compreendidos como aqueles em que o elemento *temporal* se insere na própria causa do contrato, de modo que tais contratos não satisfazem a função econômico-social para a qual foram pré-ordenados se sua execução não se prolonga no tempo.⁹⁷ Nessas espécies contratuais, a duração é *essentiale negotii*, ou seja, “é elemento causal e não modalidade acessória do contrato: a causa, nos contratos de duração, não consiste no assegurar a uma parte uma específica prestação isolada (...), mas no assegurar a repetição de uma prestação por uma determinada duração, ou a prestação de uma atividade continuativa, como tal, do devedor, por uma certa duração”.⁹⁸ A perpetuação do vínculo por um intervalo temporal

⁹⁴ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 201.

⁹⁵ “A alteração da economia originária do contrato apresenta-se como uma superveniência, pelo que só é de possível verificação naqueles contratos em que medeia uma certa *distantia temporis* entre o momento da celebração do contrato e o momento da sua execução” (Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 50). Em igual sentido: Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva* cit., p. 161; Maria Antonietta LYNCH DE MORAES, *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, in *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil* (Paulo Luiz NETTO coord.), Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 218.

⁹⁶ Francisco Paulo de Crescenzo MARINO, *Classificação dos contratos*, in *Direito dos contratos* (G. H. JABUR e A. J. PEREIRA JÚNIOR coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 32. Na mesma direção, Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 88.

⁹⁷ Em denso estudo sobre a matéria, Giorgio OPPO estabeleceu as seguintes características essenciais para a identificação dos contratos de duração: I – “Viene anzitutto in considerazione l’elemento della *durata del’adempimento*, non la semplice *durata del rapporto*” (Giorgio OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, vol. III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 240); II – “Nei contratti di durata la prestazione è determinata in funzione della durata stessa, in quanto la sua entità quantitativa dipende della durata del rapporto” (op. cit., p. 240); III – “La durata dell’adempimento attiene alla causa del contratto, nel duplice senso che questo non adempie alla funzione econômica cui è preordinato se la sua esecuzione non si prolunga nel tempo, e che l’utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata di questo. Ciò discende dalla circostanza che alla durata corrisponde, sempre sotto il profilo causale, un *interesse o bisogno durevole cui appunto il contratto soddisfa*” (op. cit., p. 248); IV – “Dal carattere durevole del bisogno cui il contratto di durata soddisfa, e dalla proporzionalità dell’utile del rapporto alla sua durata, discende la conseguenza che il rapporto di durata non incontra alcun limite necessário di tempo” (op. cit., p. 258); V – “Il contenuto del rapporto di durata e dell’obbligazione duratura può essere una prestação continuativa o uma prestação (instantanea) periódica o meglio reitera o ripetuta, prestações que possono consistere in un dare, um facere o in un non facere (o pati)” (op. cit., p. 259).

⁹⁸ Giorgio OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, Milano: Vallardi, 1943, p. 174.

é o que confere a nota característica desses contratos, os quais apenas são celebrados em razão dos interesses duráveis dos contratantes.⁹⁹

Tais contratos – por projetarem seus efeitos para o futuro – comportam relações obrigacionais que apresentam certa margem de risco de, pela ação do tempo e das circunstâncias, terem sua equação econômico-financeira original modificada para além da álea ordinária aceita ou prevista pelos contratantes.

Por outro lado, a doutrina é pacífica em afirmar que a revisão ou resolução por onerosidade excessiva não se aplica aos contratos instantâneos ou imediatos,¹⁰⁰ os quais se realizam e executam num único momento (como, por exemplo, a compra e venda à vista, em que a solução do contrato se efetua de uma só vez e por prestação única), pela óbvia razão de que, nessas hipóteses, não há espaço para a incidência de uma alteração superveniente na economia contratual.¹⁰¹

Hipótese controversa, no entanto, relaciona-se à possibilidade de aplicação da teoria aos casos em que o contrato, originalmente de execução instantânea, se torna de execução diferida em razão de fato não relacionado à vontade das partes. Seria o caso, por exemplo, de uma compra e venda pactuada para ser executada à vista, mas que, em razão de um evento não imputável à conduta de qualquer das partes, acabe tendo sua execução postergada para momento posterior. Seria possível a aplicação da teoria da imprevisão nesse caso?

⁹⁹ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, Rio de Janeiro: Padma, abr-jun. 2012, pp. 144-145.

¹⁰⁰ “Em uníssono a doutrina entende que a revisão ou resolução por onerosidade excessiva só se aplica a contratos cuja execução se difere no tempo, não cabendo, portanto, nos contratos instantâneos ou imediatos. Por contratos instantâneos podemos entender aqueles que se realizam e executam num único momento, não apresentando maior duração, como, por exemplo, a compra e venda à vista. Já os contratos continuados ou continuativos, também denominados de execução continuada ou de trato sucessivo, são os que demoram um certo tempo, perdurando as obrigações das partes contratantes” (Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 95). V. tb. Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, São Paulo: LTr, 2010, pp. 86-87.

¹⁰¹ É o que afirma Judith MARTINS-COSTA: “Difícilmente será possível pensar na revisão por circunstância superveniente nos contratos de execução única e instantânea, isto é, aqueles em que o adimplemento é imediato à formação, ou pouco tempo após, mas se realiza em um só instante (‘contratos instantâneos de execução imediata’). Não haverá, então, ação do tempo e das circunstâncias como fatores de desequilíbrio superveniente” (*A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., pp. 158-159). Ressaltando a necessidade de se tratar de uma alteração superveniente na economia contratual, confira-se a lição de Luís A. Carvalho FERNANDES: “O primeiro requisito nesta matéria é, por definição mesma, a verificação de uma alteração do condicionalismo existente à data da conclusão do contrato. Embora pudesse parecer desnecessário, convinha, na verdade, começar por assinalar este aspecto já que ele é o ponto de partida de toda a problemática da imprevisão. Certamente não basta, como foi a ideia simplista dos romanos aos pós-glosadores, que se verifique uma alteração – esta há de produzir certas consequências e revestir determinados requisitos. Mas a verificação de uma alteração superveniente continua a ser condição *sine qua non* da aplicação da teoria da imprevisão” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Lisboa: Quid Juris?, 2001, p. 90).

Conforme sustenta Angelo de Martini, a resposta revela-se positiva tendo em vista que, para a aplicação da teoria da excessiva onerosidade, no que tange à espécie contratual, importa não tanto a pactuação originária das partes, mas sobretudo a estrutura da relação contratual em sua configuração definitiva. Assim sendo, o artigo 478 do Código Civil, ao se referir a contrato de execução continuada ou diferida não exige que se trate de contratos nos quais as partes tenham necessariamente pactuado a dilação da execução contratual, admitindo a incidência da teoria da excessiva onerosidade a todos os contratos cuja fase de execução se desenvolva com diferimento, seja em razão da vontade original das partes seja por força de outras razões não imputáveis à conduta de um dos contratantes.¹⁰²

A exigência de uma alteração superveniente na economia do contrato é, ainda, o principal fator de diferenciação entre os institutos da onerosidade excessiva e o da lesão. O instituto da lesão, previsto no artigo 157 do Código Civil,¹⁰³ inserido no capítulo relativo aos defeitos do negócio jurídico, consiste na manifesta desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, ao contrário da excessiva onerosidade superveniente, da verificação de um desequilíbrio originário entre as prestações de um contrato.¹⁰⁴

¹⁰² “Il contratto era ad *esecuzione immediata*, e il differimento è poi sopravvenuto: rientra tale situazione, oppure no, in quella del ‘contratto ad esecuzione differita? La risposta mi sembra semplice: la stessa circostanza che *il differimento avvenga*, assorbe l’originaria immediatezza e la risolve in una ‘esecuzione differita’. En tanto la pattuizione originaria delle parti, quanto piuttosto la struttura del rapporto nel suo assentamento definitivo, per la semplice ragione che la sopravvenienza d’onerosità è una vicenda interessante il rapporto, e non il suo processo formativo. Quando, perciò, nell’art. 1467 si parla di contratti a esecuzione differita, non si vuole dire ‘contratti in relazione ai quali le parti abbiano *originariamente* pattuito il differimento’, bensì ‘contratti la cui fase d’attuazione, *per pattuizione originaria o per altre ragioni*, si svolga con differimento’, e cioè *rapporti di esecuzione, di attuazione di contratto, aventi una dimensione temporale*” (Angelo DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, Milano: Giuffrè, 1950, p. 62). Na doutrina brasileira, em sentido semelhante, manifesta-se Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., pp. 201-202: “Importante setor da doutrina frisa que a categoria só inclui os casos em que o tempo tem sido *querido* pelas partes, e não apenas *sofrido* por elas. Isto é, que o tempo não se apresente como um simples acidente da relação, como seria o caso em que a execução, prevista como imediata, é postergada em razão de força maior. Pensamos, porém, que para estes casos, análogas razões de justiça impõem a aplicabilidade da resolução por excessiva onerosidade superveniente. A interpretação extensiva, naturalmente, não procede se houve culpa na mora do devedor”. V. ainda, nesse mesmo sentido: Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 50.

¹⁰³ Art. 157 do Código Civil: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

¹⁰⁴ Nessa mesma direção, afastando a teoria da excessiva onerosidade não apenas do instituto da lesão, mas também das figuras do erro e do estado de necessidade, confirmam-se os comentários de Diogo de Paiva BRANDÃO: “Poderia pensar-se em enquadrar a ideia de imprevisão no erro, na lesão ou no estado de necessidade. Poderia dizer-se: na imprevisão, tal como na lesão e no estado de necessidade, há uma desproporção nas prestações dos contraentes; ou: também na imprevisão o consentimento é dado erroneamente. Mas uma observação ocorre imediatamente, que demonstra a impossibilidade de encontrar em alguma daquelas figuras jurídicas o fundamento da teoria da imprevisão – o que nos dispensa de um confronto minucioso. É que, tanto no caso de erro, como no de lesão ou de estado de necessidade, o contrato é afetado desde o momento da sua celebração; diversamente, o problema da imprevisão só surge em momento posterior, supondo a validade inicial da convenção” (Diogo de Paiva

O instituto da excessiva onerosidade, por sua vez, se preocupa com os desequilíbrios supervenientes das prestações contratuais, ou seja, ulteriores à formação do contrato,¹⁰⁵ o que pressupõe a existência de uma equitatividade inicial da relação contratual. Além disso, caracterizada a lesão como vício do negócio jurídico, sua consequência é a anulação do contrato, enquanto que a excessiva onerosidade acarreta a resolução ou a revisão do ajuste supervenientemente desequilibrado.¹⁰⁶

2.2. Evento imprevisível e extraordinário.

Além da necessidade de o evento ser superveniente à formação do contrato, o artigo 478 do Código Civil, na esteira da codificação italiana, exige, para a deflagração dos remédios legais, que a excessiva onerosidade seja derivada de um evento cumulativamente “imprevisível” e “extraordinário”. O artigo 317, por sua vez, estabelece apenas que a excessiva onerosidade tenha decorrido de “motivos imprevisíveis”.

Conforme já exposto, os arts. 317 e 478 do Código Civil devem ser interpretados em conjunto, como partes de um sistema complexo de regulação da teoria da excessiva onerosidade aplicável às relações paritárias no Direito brasileiro. Não haveria razão para o legislador exigir requisitos diversos e mais exigentes para a hipótese de resolução do contrato em relação à hipótese de revisão, tendo em vista ser a revisão judicial ato mais agressivo à autonomia contratual que a própria resolução (v. item 4.1 abaixo).

Além disso, conforme exposto no item 1.2 acima, deve-se ter em mente que o artigo 317 do Código Civil foi originamente criado para se aplicar unicamente para a recomposição do valor real de prestações pecuniárias em razão de desvalorização monetária. Somente durante a tramitação do projeto do Código Civil no Congresso tal dispositivo foi alterado, por meio de sucessivas modificações redacionais, até alcançar sua redação final, na qual apresenta

BRANDÃO, *Considerações sobre o problema da imprevisão*, in *Boletim da Faculdade de Direito (suplemento ao vol. XVII)*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1944, p. 185).

¹⁰⁵ Maria Antonieta LYNCH DE MORAES, *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, cit., p. 219. Note-se que não se pode considerar como acontecimento idôneo para a deflagração dos remédios da excessiva onerosidade o “conhecimento superveniente de um evento já verificado no momento da celebração do contrato”, ainda que tal “conhecimento de fato já ocorrido” seja considerado como imprevisível e extraordinário à época da celebração do contrato. Confirma-se, nesse diapasão, a posição defendida por Paolo TARTAGLIA no âmbito do direito italiano, mas em tudo aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro: “Non può invece ritenersi rientrate tra gli avvenimenti cui fa riferimento l’art. 1467 c.c. ‘l’inatteso sopravvenire dela conoscenza di un evento già verificato’ anche se tale soppravvenire sai ‘inconosibile como attuale e straordinario ed imprevedibile come futuro. Infatti se si aderisse a tale soluzione, verrebbero in considerazione elemento di tipo soggettivo e volontaristico (la volontà iniziale presunta dalle parti) che, come già visto in precedenza, non rilevano per l’applicazione dell’art. 1467” (*Onerosità eccessiva*, cit., p. 163).

¹⁰⁶ Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento Firmados à Época do chamado Plano Cruzado*, in *Revista Forense*, vol. 301, jan-mar 1988, p. 75.

abrangência geral, o que justifica a aparente ausência de unidade entre os artigos 317 e 478 do Código Civil.

Diante disso, parece-nos que a melhor interpretação é no sentido de compreender de forma ampliativa a expressão “motivos imprevisíveis” contida na redação do art. 317 do Código Civil, que deve ser entendida como equivalente ao requisito “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” previsto no art. 478 do Código Civil, que trata propriamente do instituto da excessiva onerosidade no Direito brasileiro.

Ou seja, deve-se entender, portanto, que o Código Civil, seja para a revisão ou para a resolução, estipula que se as circunstâncias que determinam a excessiva onerosidade pertencem ao ordinário curso dos acontecimentos naturais, políticos, econômicos ou sociais e, podiam, por essa razão, ter sido previstas no momento de formação do contrato, “não há razão para tutelar o contraente que nem sequer usou da normal prudência necessária para representar-se a possibilidade da sua ocorrência e regular-se de acordo com as mesmas na determinação do conteúdo contratual”.¹⁰⁷

Parte dos autores critica a própria exigência da imprevisibilidade e da extraordinariedade do evento para a deflagração da excessiva onerosidade tendo em vista consistirem em requisitos cujo ultrapassado caráter subjetivo acarretaria exagerada limitação à aplicação do instituto. De acordo com Mário Julio de Almeida Costa, “trata-se, pois, de um esquema susceptível de deixar sem amparo algumas hipóteses merecedoras de proteção, atendendo às regras da boa-fé. Tanto basta para que não possa aceitar-se a pura e simples aplicação do critério da imprevisibilidade”.¹⁰⁸ Para esses autores, o Código Civil deveria ter adotado modelo semelhante ao Código de Defesa do Consumidor que, como visto, permite a revisão contratual independentemente da imprevisibilidade, bastando para tanto que o evento superveniente torne as prestações do consumidor excessivamente onerosas (art. 6º, V, CDC).¹⁰⁹

¹⁰⁷ Enzo ROPPO, *O contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 261-262.

¹⁰⁸ Mário Julio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 287. Também criticando os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade, Gabriela TABET, *Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional*, in *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* (Gustavo TEPEDINO coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 360: “A imprevisibilidade, destarte, é insuscetível de ser percebida sem a análise do subjetivismo que a impregna, o que a torna um elemento caracterizador do anacronismo da previsão do instituto da revisão obrigacional pelo Código Civil em comparação com o paradigma objetivista adotado pela Constituição da República de 1988”. Em sentido semelhante, v. Rafael Henrique RENNERT, *A Proteção do Equilíbrio Contratual no Código Civil de 2002*, cit., pp. 213-216.

¹⁰⁹ Esse é o entendimento, dentre outros, de Fabiana Rodrigues BARLETTA: “Apesar de a codificação brasileira de 2002 tratar a resolução contratual por onerosidade excessiva, observa-se que o faz com base em paradigmas voluntaristas, já que a *resolução* só ocorrerá se a onerosidade excessiva posterior à contratação decorrer de fatores extraordinário e imprevisíveis para uma das partes, numa perspectiva absolutamente subjetivista, não tratando da excessiva onerosidade considerada como fator objetivamente desencadeador da *resolução* contratual” (Fabiana Rodrigues BARLETTA, *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 56). A mesma autora prossegue: “Contemporaneamente, o *subjetivismo* da *imprevisibilidade* dos acontecimentos

A *ratio* que rege as relações submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, no entanto, mostra-se completamente diversa daquela que regula as relações submetidas ao Código Civil. Nas relações consumeristas, a vulnerabilidade que caracteriza uma das partes do contrato e o conseqüente desequilíbrio permanente verificado na relação jurídica contratual justifica, dentre diversas outras vantagens processuais e materiais, a permissão legislativa de revisão superveniente das obrigações contratuais apenas com base na comprovação do desequilíbrio superveniente da relação obrigacional.¹¹⁰

O Código Civil, por sua vez, regula as relações ditas paritárias, nas quais não se verifica permanente e relevante disparidade de forças entre os contratantes e, portanto, não apresenta, em regra, justificativas para a intervenção incisiva do ordenamento em prol de uma das partes contratantes. Nesse contexto, os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade do evento causador da excessiva onerosidade exercem propositadamente a função de limitar as hipóteses de resolução ou revisão contratual, conformando os princípios da autonomia privada e do equilíbrio contratual em favor de maior segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Conforme sustentou Miguel Reale, o instituto da excessiva onerosidade, tal qual positivado pelo Código Civil de 2002, constitui solução de compromisso entre liberdade e justiça contratuais,¹¹¹ mais especificamente entre os princípios contratuais, muitas vezes em aparente tensão entre si, do equilíbrio entre as prestações e da autonomia privada, o qual, por mais que tenha tido seus contornos modificados e seu fundamento renovado pela promulgação da Constituição de República, ainda exerce relevância e influência fundamentais no direito contratual. Os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade devem ser, assim, entendidos como o resultado da ponderação feita pelo legislador entre os princípios contratuais da autonomia privada e do equilíbrio econômico financeiro entre as prestações.

Os contratos, principalmente aqueles que projetam seus efeitos para o futuro, implicam determinado risco e uma conseqüente estabilização de interesses. O direito não pode servir

supervenientes deve ceder lugar ao *objetivismo* de uma situação de *excessiva onerosidade*, que, se possível, deverá ser afastada por meio dos esforços de integração, dentre os quais se destaca a revisão ou a modificação de dispositivos contratuais a fim de preservar as expectativas dos pactuantes através da conservação do negócio” (op. cit., p. 196).

¹¹⁰ Gustavo TEPEDINO TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 616: “(...) no novo modelo de contrato, pautado pelo princípio da solidariedade, o enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca de um concreto equilíbrio entre as partes contratantes, através, inclusive do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade. Cabe recordar, porém, que o CC não estendeu às relações privadas a solução engendrada pelo CDC, que permite a revisão dos contratos por fatos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas, independentemente da previsibilidade do fato. Isso se justifica por ser o CDC um diploma que visa à proteção do consumidor em situações de permanente desequilíbrio, informado pelo princípio constitucional da solidariedade e da isonomia substancial, a fim de suprir a parte presumidamente mais vulnerável (CDC, art. 4º, I)”.

¹¹¹ Miguel REALE, *Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, cit..

como proteção contra maus negócios. Por essa razão, o instituto da excessiva onerosidade não pode ser utilizado pelo contrante que assumiu de alguma forma os riscos relativos à superveniência de determinados eventos na economia contratual, sob pena de flagrante violação dos princípios da autonomia privada e da segurança jurídica.

Isso não quer dizer, no entanto, que os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade devam ser lidos em sua conotação originalmente subjetiva, que se destinava a averiguar se as partes intimamente seriam capazes de, no momento de inauguração da relação contratual, prever a ocorrência do evento causador da desproporção entre as prestações, o que de fato seria capaz de inviabilizar a aplicação do instituto. Diante disso, a solução para esse problema parece ser, não a exclusão hermenêutica dos requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade expressamente previstos pelo Código Civil, conforme sugerido por determinados autores, mas sim a objetivação da interpretação dos aludidos pressupostos, afastando-se de concepções subjetivistas e de aferições íntimas e psicológicas das intenções dos contratantes, conforme se verá a seguir.

2.2.1 Imprevisibilidade do evento

A *imprevisibilidade* de um determinado evento é entendida, em termos gerais e naturalísticos, como a impossibilidade de, no momento de formação do contrato, se representar mentalmente a ocorrência futura de um dado evento.¹¹² Afirma-se que “se (...) o evento é previsível, é lícito estimar que as partes o tenham considerado na elaboração do contrato, na precisão dos respectivos direitos e ônus; ou seja, é possível pensar que ele seja parte da economia geral do negócio”¹¹³ ou seja, parte dos riscos negociais. Alguns autores, no entanto, criticam tal noção geral de imprevisibilidade, argumentando que seria sempre possível, em certo sentido, prever os mais diversos eventos futuros, como guerras e cataclismos, razão pela qual defendem que os fatos devem ser considerados previsíveis quando forem certos ou prováveis; em caso contrário, devem ser considerados imprevisíveis.¹¹⁴

¹¹² “Per *imprevedibilità* deve intendersi, in via generale, la possibilità di rappresentarsi mentalmente un dato evento come conseguenza o sviluppo di un determinato atto o fatto o di una determinata situazione” (Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, Torino: VTET, 1957, p. 335).

¹¹³ Paolo GALLO, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 210. No original: “se (...) l’evento è prevedibile, è lecito ritenere che le parti ne abbiano tenuto conto nell’elaborazione del contratto, nella calibrazione dei rispettivi diritti ed oneri; è cioè possibile pensare che esso sia entrato a far parte dell’economia generale dell’affare”.

¹¹⁴ Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 107; Nelson BORGES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 308-309. Na mesma direção, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 155: “A imprevisibilidade deve acompanhar a ideia de probabilidade: é provável

No que tange ao critério de aferição da imprevisibilidade, discute-se em doutrina se esse requisito deve ser avaliado em concreto, por referência à pessoa dos contratantes,¹¹⁵ ou se deve levar em conta o que um homem médio poderia prever naquelas circunstâncias.¹¹⁶ O modelo interpretativo do homem médio, no entanto, vem sendo duramente criticado pela doutrina recente ao argumento de que não se mostra possível estabelecer um padrão abstrato e generalizante de comportamento para abranger todas as possibilidades de aplicação da teoria da excessiva onerosidade.

Alfredo José Rodrigues Rocha de Gouveia, em estudo específico sobre a matéria, critica tal concepção abstrata de imprevisão, argumentando que se for provado que certo acontecimento foi efetivamente previsto, não obstante ser normalmente tido como imprevisível, não se poderá aplicar a teoria da imprevisão. Segundo o citado autor, poderia suceder que determinado evento, embora insuscetível de previsão para pessoas que se comportam com diligência normal, tenha sido (ou ao menos deveria ter sido) efetivamente previsto pela parte que pretenda invocar o benefício do instituto, em razão de quaisquer circunstâncias especiais a ele respeitantes.¹¹⁷ Seria o caso, por exemplo, de um contratante ligado ao governo e que, tendo em vista sua especial posição e acesso a informações privilegiadas e confidenciais, não poderia considerar como imprevisíveis certas modificações de políticas públicas.¹¹⁸ Na mesma direção, confira-se a lição de Luz M. Martinez Velencoso:

o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá, certamente, conforme o juízo derivado da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que um fato, com seus elementos, atuará eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e de sua força de atuação sobre o contrato”.

¹¹⁵ Essa é a opinião, por exemplo, no âmbito do direito português, de Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 108: “Definido assim o que se deve entender por imprevisibilidade, resta resolver outro aspecto que tem íntima conexão com este – o do critério de aferição da imprevisibilidade. Neste campo duas orientações são possíveis: ou se avalia a imprevisibilidade em concreto, por referência à pessoa dos contraentes, ou se tem em conta o que um homem médio poderia prever naquelas circunstâncias. (...) A este respeito é inteiramente aceitável o argumento tirado pelo Dr. Rocha de Gouveia por aplicação analógica do §3º do artigo 717 do Código Civil. Aceite que este preceito consagra o critério da apreciação da culpa em concreto, princípio plenamente justificado pela consideração de nos contratos ‘as partes serem eleitas uma pela outra em consideração das suas qualidades normais, pelo que é com elas que devem contar’, entendemos que se pode afirmar que razões idênticas são de invocar em matéria de determinação da imprevisibilidade da alteração”.

¹¹⁶ Nesse sentido, Carlo BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano: Giuffrè, 1946, p. 90.

¹¹⁷ Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., pp. 26 e ss.

¹¹⁸ Nelson BORGES sugere, ainda, o exemplo de um contratante ligado ao Ministério da Defesa ou às Forças Armadas (ministro, general, estrategista e assemelhados), em relação ao qual, tendo em vista sua especial posição, poderá não ser legítimo alegar imprevisibilidade na eclosão de uma guerra com país vizinho (Nelson BORGES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*, cit., p. 308). Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR entende também que, nos casos envolvendo a teoria da onerosidade excessiva, deve ser avaliada a “previsibilidade em concreto” dos contratantes (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 155).

“Este requisito da previsibilidade gera uma grande complexidade, já que os novos riscos especificamente modernos já não são naturais mas artificiais, no sentido de que surgem como subproduto social e cada vez é maior a possibilidade de prevê-los e assegurar-se contra eles. Assim, a previsibilidade se deve valorar em relação ao tipo de contrato celebrado e à quantidade de informação a que tem acesso as partes contratantes. Por exemplo, nos contratos internacionais a possibilidade de prever um determinado acontecimento pode ser praticamente inexistente para uma das partes, mas não para a outra, por tratar-se de um fenômeno frequente em seu país ou em seu entorno”.¹¹⁹

Diante disso, tem prevalecido o entendimento de que a imprevisibilidade deve ser verificada *in concreto* e não *in abstracto*, levando-se em consideração diversos aspectos da situação analisada, tais como a natureza do contrato, a qualidade dos contratantes, as condições do mercado, o objeto da prestação, o conjunto de informações disponíveis às partes no momento da contratação, entre outros.¹²⁰

Muito embora a imprevisibilidade do fato superveniente constitua requisito ligado originalmente ao paradigma voluntarista, tendo em vista que diz respeito ao alcance da vontade das partes no momento de celebração do negócio, busca-se atualmente relativizar o conceito de

¹¹⁹ Luz M. Martinez VELENCOSO, *La alteración de las circunstancias contractuales*, Madrid: Civitas, 2003, p. 93 (tradução livre). No original: “Este requisito de la previsibilidad plantea una gran complejidad, ya que los nuevos riesgos especificamente modernos ya no son naturales sino artificiales, em el sentido de que surgen como subproducto social y cada vez es mayor la posibilidad de preverlos e asegurarse contra ellos. Así, la previsibilidad se debe valorar en relación con el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes. Por ejemplo, en los contratos internacionales la posibilidad de prever un determinado acontecimiento puede ser prácticamente inexistente para una de las partes, pero no para la otra, por tratarse de un fenómeno frecuente en su país o en su entorno”. Em sentido intermediário, alguns autores sustentam que a imprevisibilidade deve levar em consideração a capacidade de previsão do contratante médio, mas sempre considerado inserido na concreta situação avaliada (por exemplo, o empreiteiro médio). Nesse sentido, Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., pp. 335-336: “Dottrina e giurisprudenza hanno però concordemente ristretto il campo della prevedibilità a tutto ciò che è conseguenza soltanto *probabile* dell’atto o del fatto o della situazione considerata, insegnando che la prevedibilità dell’evento sopravvenuto deve essere valutata in rapporto al criterio dell’uomo normale e più precisamente con riguardo al potere di previsione dell’uomo medio riferibile alla particolare situazione esistente al momento della stipulazione del contratto”. Emilio BETTI, por sua vez, conceitua o evento imprevisível como aquele que um contratante de ordinária diligência não podia dar conta no momento de conclusão do contrato, considerando, para tanto, a qualidade das partes, o conteúdo e as condições do contrato (Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano: Giuffè, 1953, pp. 192-193). Carlo G. TERRANOVA sustenta que devem ser considerados previsíveis aqueles eventos que, com um esforço objetivamente ordinário, qualquer contratante razoável daquele tipo específico de negócio poderia prever nas circunstâncias concretas em que o empenho econômico contratual foi assumido (Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 131). Na mesma direção, sustentando ser a imprevisão um conceito que deve ser entendido em sentido normativo: M. LIPARI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell’inflazione*, in *Gius. Cív.*, 1985, I, p. 2.799; Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 162. Na jurisprudência italiana, é possível citar, nessa mesma direção, a seguinte decisão da Corte de Cassação: Cass. 15 dicembre 1984, n. 6.574, in *Giust. Cív.*, 1985, I, p. 2.795.

¹²⁰ Rafael Henrique RENNER, *A Proteção do Equilíbrio Contratual no Código Civil de 2002*, cit., pp. 233-234.

imprevisibilidade aludido nos artigos 317 e 478 do Código Civil, despindo-o de seu conteúdo subjetivo, de modo a desvincular a noção de qualquer tipo de análise da representação mental dos contratantes. Ou seja, embora deva-se levar em conta a situação concreta dos contratantes para se verificar se determinado evento deve ser classificado como imprevisível, busca-se tornar dispensável a investigação se as partes seriam intimamente capazes de prever eventual desproporção entre as prestações. Nas palavras de Gustavo Tepedino, cumpre ao contrário “verificar se a desproporção, objetivamente considerada, era ou não imprevisível”.¹²¹

Nesta esteira, não se deve compreender o requisito da imprevisibilidade do evento como um reenvio à vontade dos contratantes em sentido psicológico. Conforme lição de Augusto Pino, deve o aplicador da norma proceder a uma interpretação típica-objetiva, a fim de estabelecer, em relação com a função econômica e social do contrato e com as circunstâncias concomitantes, se são consideradas previsíveis determinadas flutuações da prestação.¹²²

A imprevisibilidade, dessa forma, consiste em requisito para a aplicação da teoria da excessiva onerosidade que deve ser verificado objetivamente, fugindo a questões meramente subjetivas do contratante.¹²³ Imprevisível é aquilo que não pode ser legitimamente esperado pelos contratantes no momento da conclusão do ajuste, levando-se em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, o conjunto de informações disponíveis às partes no momento da contratação, as características do ramo de atividade no qual a prestação devida se encontra inserida¹²⁴ bem como a natureza do objeto do contrato.¹²⁵

¹²¹ Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 615. Manifestando posição semelhante, cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 25, Rio de Janeiro: Padma, jan-mar. 2006, pp. 102 e ss.: “A lei fala em imprevisível e não em imprevisto: motivo imprevisível, acontecimento imprevisível... imprevisível qualifica o facto, enquanto *imprevisto* descreve o estado de espírito do agente. Seria de facto absurdo fazer depender a sorte do negócio jurídico, e portanto também da outra parte, do poder de previsão do agente concreto ou da circunstância casual de ter ou não havido previsão. (...) Mas a imprevisibilidade só pode ser objectiva. E independente da análise da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anômalo ou anormal. (...) É neste sentido que o art. 478/1 fala em ‘acontecimentos extraordinários e imprevisíveis’. O *extraordinário*, que qualifica sem dúvida o acontecimento, confirma o entendimento objectivo. Há inteira harmonia entre os dois qualificativos, porque é por ser extraordinário que o acontecimento é imprevisível; e como traduz uma marcha de factos que se não pode prever, o acontecimento é extraordinário”. Na jurisprudência: TJRS, Ap. Cív. 70051029494, 10ª CC, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julg. 25.10.2012.

¹²² Augusto PINO, *La excessiva onerosidade de la prestación*, Barcelona: Bosch, 1959, pp. 104-105.

¹²³ Angelo DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., p. 76.

¹²⁴ Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., pp. 158-159.

¹²⁵ Nesse exato sentido, confira-se o entendimento consolidado no Enunciado n. 479, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”.

2.2.2 Extraordinariedade do evento

Embora ainda seja tema controvertido,¹²⁶ entende-se majoritariamente que os termos “extraordinariedade” e “imprevisibilidade”, não obstante muitas vezes coincidirem nos casos concretos, não são sinônimos.¹²⁷ O fato extraordinário consiste naquele cuja ocorrência não obedece ao curso normal, ou estatisticamente comum da vida ordinária, se situando fora da ordem habitual de sucessão de eventos, como guerras ou epidemias.¹²⁸ Conforme sustenta Julio Alberto Diaz, o evento extraordinário pode consistir tanto em um acontecimento positivo, ou seja, na verificação de um evento que ordinariamente não ocorre, como também em um acontecimento chamado negativo, que consiste na hipótese de não ocorrência de uma circunstância que habitualmente se verifica no curso ordinário dos eventos.¹²⁹

O fato imprevisível, por sua vez, conforme já exposto, consiste no evento que escapa à possibilidade de previsão dos contratantes concretamente considerados. O requisito da imprevisibilidade possui, portanto, natureza originalmente relativa e identifica-se com a capacidade de os contratantes representarem a ocorrência futura de um determinado evento, enquanto a extraordinariedade possui caráter intrinsecamente objetivo, relacionando-se ao grau de possibilidade de verificação do acontecimento em uma ordem habitual de eventos.¹³⁰

¹²⁶ Diversos autores ainda sustentam que os termos “imprevisibilidade” e “extraordinariedade” se equivalem. Nesse sentido, confira-se: João de Matos ANTUNES VARELA e Pires DE LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010; Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 123; Aldo BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952, p. 140.

¹²⁷ Massimiliano GRANIERI, *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 322; Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 163. Sobre a autonomia de cada um dos requisitos no direito brasileiro v. Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 114.

¹²⁸ “Um acontecimento é extraordinário quando sua ocorrência não obedece ao curso normal, ou estatisticamente comum da vida ordinária. Naturalmente, tanto pode ser um acontecimento positivo (suceder o que não costuma suceder), quanto negativo (não acontecer o que costuma acontecer). A delimitação do acontecimento é, necessariamente, objetiva, ou seja, o dado excepcional não pode ter uma gravitação exclusivamente individual no devedor prejudicado, senão que deve afetar a toda uma categoria de devedores” (Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 205). Em sentido semelhante, o evento extraordinário, segundo Emilio BETTI, é aquele que não se insere no andamento ordinário das coisas (Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 192-193).

¹²⁹ Nessa direção: Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil*, cit., p. 205; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 113.

¹³⁰ “Il criterio della straordinarietà è sicuramente di natura obbiettiva, perché si riferisce a una contrapposizione straordinario-ordinario, che ha riguardo a leggi esterne, quanto meno di carattere statistico. Il secondo criterio, la imprevedibilità, ha certamente una radice soggettiva, in quanto fa riferimento alla fenomenologia della conoscenza. Ma, come la straordinarietà non può venire giudicata se non col metro delle nostre conoscenze sul modo di prodursi degli eventi, la prevedibilità transcende il campo della mera soggettività perché non si apprezza com riguardo all'individuo che ha stipulato il contratto, bensì con riferimento all'uomo medio. I due criteri, pur essendo di natura diversa, possono in concreto coincidere, nel senso che un determinato avvenimento – ad esempio lo scoppio di una guerra – risulti essere allo stesso tempo imprevedibile, cioè fuori della normale prevedibilità delle parti contraenti, e straordinario, cioè fuori di una normale evoluzione degli eventi” (Paolo TARTAGLIA,

O critério diferenciador entre um evento ordinário e um extraordinário reside fundamentalmente na análise probabilística de ocorrência do aludido evento e não na capacidade objetiva de os contratantes (considerados na situação concreta em que se inserem) anteciparem a ocorrência do evento. Para ilustrar a diferença entre os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade pode-se utilizar como exemplo a passagem do cometa Halley pelo sistema solar. Trata-se de um evento extraordinário, tendo em vista ocorrer apenas uma vez a cada 75,3 anos (ou seja, consiste certamente em acontecimento fora da ordem comum dos eventos), mas não imprevisível, na medida em que se sabe exatamente quando serão as próximas passagens do cometa pelo sistema solar.

Ou seja, embora todo evento ordinário deva ser considerado previsível aos contratantes, nem todo evento extraordinário é, por sua vez, imprevisível. Só suscita a revisão dos contratos ou traduz força maior o fato que, para além de extraordinário, for imprevisível, afastando a presunção do ordenamento de que a ausência de sua previsão significaria alocação do risco de verificação do evento a um dos contratantes.

2.2.3 Hipóteses de eventos imprevisíveis e extraordinários

Ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, os tribunais passaram a considerar evento imprevisível e extraordinário, ensejador da aplicação da teoria da excessiva onerosidade, não só os fatos em si considerados, mas também sua proporção.¹³¹ A inflação foi o maior exemplo dessa tendência já que consistia, em determinado momento da história brasileira, fato previsível e ordinário. Não obstante isso, diversas decisões sustentaram a aplicabilidade da teoria da imprevisão aos casos envolvendo o impacto da inflação nos contratos sob a justificativa de que o aumento do seu índice atingiu proporções imprevisíveis e extraordinárias.¹³²

Nessa direção, é possível concluir que a imprevisibilidade e a extraordinariedade pode dizer respeito tanto à verificação do fato em si como aos efeitos do fato, ou seja, à idoneidade

Onerosità eccessiva, cit., pp. 162-163). Em sentido semelhante: “È imprevedibile l’evento il cui verificarsi risulta logicamente improbabile (si pone al di fuori della probabile verificabilità); è straordinario l’evento il cui verificarsi appare statisticamente improbabile (si colloca al di là della normale portata degli eventi). Il dato dell’imprevedibilità attiene dunque al profilo soggettivo della capacità di rappresentazione di un evento probabile; il dato della straordinarietà riguarda invece il profilo oggettivo della ripetibilità dell’accadimento rispetto ad un ordine consueto” (Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice Civile. Commentario* (org. P. SCHLESINGER), Milano: Giuffrè, 1995, pp. 130-131). Para Julio Alberto DÍAZ, “um acontecimento é extraordinário quando sua ocorrência não obedece ao curso normal, ou estatisticamente comum da vida ordinária” (Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 205).

¹³¹ V., p. ex., TJRJ, AI 1999.002.02041, 15ª CC, Rel. Des. Ademir Pimentel, julg. 26.5.1999.

¹³² STJ, REsp. 46.532, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 5.5.2005; TJRJ, AI 1999.002.02041, 15ª CC, Rel. Des. Ademir Pimentel, julg. 26.5.1999.

do evento para produzir certo efeito, ou mesmo sua duração e intensidade.¹³³ Assim sendo, pode-se falar em imprevisibilidade mesmo na hipótese em que determinado fato já tenha começado a produzir seus efeitos no momento de celebração do contrato ou que nesse momento sua incidência já era previsível, mas era então impossível prever que tal evento pudesse resultar em determinadas consequências ou atingir tão longa duração ou intensidade.¹³⁴

A jurisprudência brasileira, no entanto, tem se mostrado bastante rigorosa na aplicação do requisito da imprevisibilidade e extraordinariedade, havendo relativamente poucos fatos que foram assim considerados pelos tribunais pátrios. Na experiência brasileira, já foram considerados imprevisíveis e extraordinários, por exemplo, além da inflação em determinadas hipóteses;¹³⁵ a interdição de estabelecimento comercial pela autoridade policial;¹³⁶ a variação do dólar com relação a contratos de arrendamento mercantil atrelados à flutuação cambial;¹³⁷ aparecimento repentino de rachaduras de grande extensão em imóvel objeto de compromisso de compra e venda financiada.¹³⁸

Por outro lado, não foram considerados eventos imprevisíveis e extraordinários as modificações introduzidas na economia por planos econômicos para comerciantes;¹³⁹ a variação no preço de mercado da cana para comerciantes da área;¹⁴⁰ a desvalorização de linhas telefônicas;¹⁴¹ ocorrência de fortes chuvas para o setor da construção civil;¹⁴² a variação do dólar em contrato de compra e venda cujo próprio preço foi estabelecido em moeda

¹³³ Essa foi também a conclusão alcançada no Enunciado nº. 175, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.

¹³⁴ Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 108. No mesmo sentido: Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 163.

¹³⁵ STJ, REsp. 46.532, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 5.5.2005.

¹³⁶ TJRJ, AI 2008.002.22963, 12ª CC, Rel. Des. Antonio Carlos Esteves Torres, julg. 23.9.2008.

¹³⁷ STJ, REsp 293.864, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 7.3.2002; STJ, REsp 742.717, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 8.11.2011; TJSP, Emb. Inf. 726.023-1/2, 29ª CDPri, Rel. Des. Pereira Calças, julg. 25.10.2006. Em sentido contrário, TJSP, Ap. Cív. 992.02.037257-3, 32ª CDPri, Rel. Des. Walter Zeni, julg. 15.10.2009, no qual foi exarado o seguinte entendimento: “A variação excepcional do valor do dólar, tipo como dado superveniente que tornou excessivamente onerosa a prestação, não viabiliza aceitá-la como justificativa, porque quem aceitou a indexação ao dólar deveria saber que o real sempre esteve sujeito à variação cambial, para mais ou para menos, sempre previsível diante de constantes e reiteradas notícias divulgadas pela mídia falada, escrita e televisiva, como atualmente vem ocorrendo com a desvalorização da moeda americana frente ao real. (...) Ora, optando a arrendatária pelos benefícios das taxas internacionais menores na composição dos custos financeiros que às contratadas pelos índices de custos com prestações pré-fixados ou pós-fixados através da TR e TBF, resta-lhe submeter-se ao risco da oscilação que a moeda estrangeira sempre oferece diante das transformações do comércio e relações internacionais. Não se trata, pois, de fato superveniente imprevisível e nem um acontecimento extraordinário, mas, de fato superveniente calculado, porque não se pode afirmar que a liberação do câmbio, com a consequente alta do dólar, era de todo imprevisível”.

¹³⁸ TJSP, Ap. Cív. 0001004-08.2006.8.26.0602, 2ª CDPri, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, julg. 27.11.2012.

¹³⁹ TJSP, Ap. Cív. 1.049.219-8, 24ª CDPri, Rel. Des. Cardoso Neto, julg. 21.2.2008.

¹⁴⁰ TJSP, Ap. Cív. 1.210.484-0/6, 36ª CDPri, Rel. Des. Dyrceu Cintra, julg. 5.3.2009.

¹⁴¹ TJSP, Ap. Cív. 213.290-4/5, 7ª CDPri, Rel. Des. Elcio Trujillo, julg. 4.11.2009.

¹⁴² TJSP, Ap. Cív. 207.798-4/4-00, 10ª CDPri, Rel. Des. Octavio Helene, julg. 29.9.2009.

estrangeira;¹⁴³ a ocorrência de dissídio coletivo na categoria de trabalhadores, em contrato de empreitada;¹⁴⁴ a variação do preço da soja aliada a intempéries climáticas da região;¹⁴⁵ a influência de planos econômicos em contratos de cédula pignoratícia;¹⁴⁶ os efeitos da inflação sobre contrato de construção de usina hidrelétrica,¹⁴⁷ a majoração de preços de materiais e de mão de obra necessários para a execução de contrato de empreitada.¹⁴⁸

2.2.4 Evento não inserido na álea ordinária do contrato

O Código Civil italiano expressamente estabelece que o evento ensejador da excessiva onerosidade, além de imprevisível e extraordinário, não pode estar inserido na álea ordinária do contrato.¹⁴⁹ Embora o Código Civil brasileiro não tenha reproduzido tal dispositivo, trata-se de requisito natural do instituto da excessiva onerosidade, sendo decorrência lógica de um instituto que tem como um de seus fundamentos o princípio da autonomia privada, impedindo que uma das partes se valha dos remédios da excessiva onerosidade em decorrência de eventos que se encontrem inseridos nos riscos contratualmente assumidos.

Tal requisito leva a excluir da tutela dos remédios da excessiva onerosidade todos aqueles danos que o contraente tenha sofrido por efeito de alterações de circunstâncias que se considerem abrangidas pela regulamentação de interesses definidas no contrato, limitando-se a resolução ou revisão do contrato apenas àquelas alterações da economia contratual que extrapolem sua álea normal.¹⁵⁰

Os contratos, notadamente aqueles que projetam seus efeitos para o futuro, implicam certa estabilização de interesses. As partes, no momento da vinculação, acomodam suas pretensões, calculando os desdobramentos futuros das obrigações assumidas. Esse cálculo,

¹⁴³ TJSP, Ap. Cív. 668.373-0/3, 5ª CDPri, Rel. Des. Pereira Calças, julg. 19.5.2004.

¹⁴⁴ TJSP, Ap. Cív. 8002.495/97, 29ª CDPri, Rel. Des. Pereira Calças, julg. 19.12.2007.

¹⁴⁵ TJMG, Proc. n. 1.0701.08.227864-2/003, 16ª CC, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, julg. 31.8.2011; TJRS, Ap. Cív. 70040774671, 12ª CC, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julg. 14.3.2013. Em sentido semelhante: STJ, REsp 722.130, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 15.12.2005; STJ, REsp 936.741, 4ª T., Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 3.11.2011.

¹⁴⁶ TJMG, Proc. n. 1.0433.08.242368-5/001, 16ª CC, Rel. Des. Pedro Bernardes, julg. 8.9.2010.

¹⁴⁷ STJ, REsp 744.446, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, julg. 17.4.2008.

¹⁴⁸ TJSP, Ap. Cív. 0145017-20.2007.8.26.0100, 21ª CC, Rel. Des. Virgílio de Oliveira Junior, julg. 28.1.2013.

¹⁴⁹ Art. 1.467 do *Codice*: “(...) *La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (...)*”.

¹⁵⁰ “É justo e racional que o risco das circunstâncias ordinárias e previsíveis seja suportado pelos contraentes: a lei só os protege contra as circunstâncias que representam matéria de *riscos assolutamente anômalos*, com tais subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controle dos operadores” (Enzo ROPPO, *O contrato*, cit., p. 262). Em sentido contrário, sustentando ser o superamento da álea ordinária requisito autônomo da teoria da excessiva onerosidade, que não se confunde com o requisito da extraordinariedade ou da imprevisibilidade do acontecimento, v. Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 154-155.

obviamente, leva em conta vários cenários fáticos, eventos futuros e razoáveis do ambiente existente quando da contratação.¹⁵¹ Dessa forma, todo negócio implica risco; cada contrato possui seu “risco típico”, ou seja, o risco que é inerente e caracteriza a atividade desempenhada.

Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado relativamente ordinário da sucessão de eventos e a parte que desconsidera os riscos inerentes ao contrato celebrado ou expressamente assume riscos extraordinários que se verificam no decorrer da relação contratual é sancionada no próprio mercado em que se insere, não sendo seus prejuízos tutelados pelo ordenamento.¹⁵²

A álea normal do contrato (em sentido econômico e não jurídico), que exclui a revisão ou a resolução por onerosidade excessiva superveniente, é, portanto, constituída pela incerteza do resultado econômico do negócio concluído, ou seja, pelo risco normal de ocorrência de fatos que acarretam a oscilação entre o custo e o valor das prestações, risco esse que as partes se submetem em qualquer contrato de execução diferida inserido nas ordinárias flutuações do mercado.¹⁵³

Assim sendo, o acontecimento superveniente que desequilibra a equação contratual dando ensejo à aplicação da teoria da imprevisão não pode estar contido na álea do contrato. A álea ordinária aqui possui sentido *qualitativo* na medida em que diz respeito aos eventos que se encontram abrangidos pelos riscos ordinários da contratação. Todo contrato traz em si certa

¹⁵¹ “Por outro lado, não é de excluir a hipótese de o motivo que determinou uma das partes à celebração de um contrato desse tipo [contrato de longa duração] ter sido justamente o de *estabilizar* certas cláusulas negociais, tornando-as independentes, na sua execução, da manutenção ou alteração da situação factual vigente no momento da celebração do negócio. Nada mais fácil do que configurar situações negociais destas: a intenção das partes pode ser, por exemplo, a de, em função do volume dos fornecimentos dos bens em causa, do preço acordado ou das condições do seu pagamento, que tornam o contrato particularmente atraente para uma delas, pôr a outra a coberto de riscos futuros emergentes de novas circunstâncias ocorridas durante a sua execução que agravem a prestação da que é favorecida segundo o conteúdo inicial do negócio. Apurado tal *conteúdo* negocial, a relevância de supervenientes alterações das condições de mercado pode ser totalmente excluída, ou relegada para campos muito mais recuados. Só uma brutal elevação dos custos de produção desses bens, por exemplo, poderá então legitimar uma invocação do regime da alteração das circunstâncias” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 273).

¹⁵² “Cada contrato tem, dentro de si, uma certa carga de incerteza e é para se resguardar desta variabilidade inerente a todo negócio que se firma um contrato. Esta faixa variável é que se denomina álea, ou seja, risco natural a cada contrato que deve ser suportado pelo contratante prejudicado e que há, até mesmo, naqueles contratos com prestações certas e definidas. Caso o fato superveniente contenha-se na álea normal da contratação, a parte não poderá eximir-se do cumprimento alegando a imprevisão, pois estaria a furtrar-se de algo que é inerente ao pacto” (Luís Renato Ferreira DA SILVA, *Do Código Civil ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 114).

¹⁵³ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 155. Para o citado autor, a avaliação de superação da álea normal do contrato se efetua mediante um juízo de previsibilidade que articula perfis quantitativos, qualitativos e temporais: “La valutazione del superamento dell'alea normale del contratto si effettua mediante un giudizio di prevedibilità che si articola su profili quantitativi, qualitativi e temporali. Dovrà cioè accertarsi sia se la prestazione, divenuta eccessivamente onerosa in astratto, con riguardo alla causa tipica (profilo quantitativo), lo sia anche con riguardo al tipo contrattuale in concreto confezionato, che protrebbe presentare dati atipici rispetto al modello legale (profilo qualitativo); sia se l'eccessiva onerosità abbia comportato mutamenti *in itinere* nel rapporto di valore tra prestazione e controprestazione (profilo temporale)” (op. cit., p. 157).

alocação de riscos, ou seja, existe ínsita a cada contrato uma álea que lhe é pertinente. Os eventos inseridos nessa álea contratual não podem, dessa forma, servir de escusa para o não cumprimento do avençado.¹⁵⁴

Situação bem diversa é aquela em que o evento ultrapassa a moldura da álea normal do contrato, dando ensejo a sacrifício econômico desproporcional de uma parte em relação à vantagem a ser auferida pela outra. A obrigação, se executada nos novos termos, contrastaria com a própria função econômica-social da avença.¹⁵⁵ Nessa direção, na IV Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado, acerca do artigo 478 do Código Civil, o seguinte Enunciado nº. 366:

“O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.

É possível, no entanto, que, além dos riscos típicos de uma determinada operação econômica, uma ou ambas as partes tenham excepcionalmente, no concreto regulamento de interesses estabelecido, assumido determinados riscos atípicos ou extraordinários ao modelo contratual (álea convencional).¹⁵⁶ O contrato, notadamente quando celebrado entre partes paritárias, é um ato de autonomia privada que abre às partes um campo de composição

¹⁵⁴ “A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional econômico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo *os riscos tipicamente conexos com a operação*, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado. É óbvio, então, que o nível de risco correspondente à ‘álea normal do contrato’ não se pode identificar, de modo geral e abstrato, para todo o tipo de relação contratual, mas varia em relação aos particulares tipos de negócio, aos particulares mercados, as particulares conjunturas econômicas. Em regra, cabe ao juiz efetuar esta verificação (e, portanto, avaliar se a onerosidade surgida posteriormente no contrato submetido ao seu juízo pode considerar-se ‘excessiva’). (Enzo ROPPO, *O contrato*, cit., pp. 262-263). Na mesma direção: “Entendido que são irrelevantes aquelas alterações abrangidas pelo que normalmente se chama a álea normal do contrato, daqui resulta uma consequência importante relativa ao âmbito dos prejuízos que se devem ter em conta na revisão do contrato. Com efeito, o requisito da essencialidade da alteração leva a excluir todos aqueles danos, que o contratante tenha sofrido, ou os lucros, que deixado de ter, por efeito de alterações de circunstâncias que se considerem abrangidas pela regulamentação de interesses definida no contrato” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 106). Na doutrina brasileira: Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 120.

¹⁵⁵ “Quell’alea eccedente la cornice normale, tipica del contratto sia tale da far apparire il sacrificio economico del debitore sproporzionato rispetto al corrispondente vantaggio del creditore. L’obbligazione, invero, si porrebbe in contrasto com la funzione economico-sociale cui è destinata, se dovesse mettere in forse la stessa esistenza economica del debitore e sovertire la sua integrità patrimoniale” (Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., p. 193).

¹⁵⁶ Nesse sentido, Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 167: “Nella valutazione dell’esistenza del requisito del superamento dell’alea normale occorre far riferimento al tipo negoziale, non senza prescindere dal negozio concreto, ‘considerando insieme anche gli elementi legislativamente atipici rispetto al tipo negoziale’”.

autônoma de interesses, que autoriza aos contratantes alocarem a cargo de um deles os riscos e consequências emergentes de alterações futuras de circunstâncias.¹⁵⁷

A delimitação convencional da álea se dá quando as partes realizam uma repartição dos riscos em termos diversos daqueles delineados pelo esquema ordinário típico do contrato celebrado.¹⁵⁸ Os eventos abrangidos por tais riscos expressamente assumidos pelas partes, mesmo que considerados extraordinários em relação ao tipo contratual eleito, excluem naturalmente a incidência dos remédios previstos pelo Código Civil para as hipóteses de onerosidade excessiva superveniente das obrigações.¹⁵⁹

Assim sendo, é possível concluir que apenas são relevantes, para fins de aplicação da teoria da onerosidade excessiva, os agravamentos econômicos cujos riscos não façam parte da álea contratual típica da avença ou não tenham sido assumidos pelas partes no contrato, de forma que tais eventos possam ser considerados como excepcionais em relação à ordinária e previsível dinâmica do mercado.¹⁶⁰ Dito por outras palavras, o juízo acerca da extraordinariedade do evento causador da excessiva onerosidade deve se basear não apenas na álea da abstrata *fattispecie* negocial, mas também no conteúdo específico do acordo.

2.2.5 Possibilidade de invocação de acontecimentos gerais ou específicos à relação contratual. Especificidades de alterações meramente transitórias na economia contratual

Questão controvertida é definir se o evento imprevisível e extraordinário ensejador da aplicação da teoria da excessiva onerosidade deve ser um acontecimento geral que afete as condições de todo um mercado ou todo um setor de relações ou se eventos que impactem apenas a relação contratual estabelecida entre as partes litigantes podem também ensejar a tutela dos remédios legais. Enzo Ropo defende que o acontecimento imprevisível e extraordinário não

¹⁵⁷ A álea convencional é geralmente entendida como o risco econômico que as partes expressamente se atribuem mediante específicas previsões contratuais. Nesse sentido, cf.: PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2.141.

¹⁵⁸ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 159.

¹⁵⁹ Em sentido semelhante, confira-se a lição de Luís A. Carvalho FERNANDES em relação à *anormalidade* do evento, requisito previsto no direito português para a revisão ou resolução do contrato nas hipóteses de excessiva onerosidade superveniente: “(...) a anormalidade da alteração não exclui necessariamente a sua previsão. Pode muito bem dar-se o caso de as partes *a terem previsto* e nada estipularem no contrato a seu respeito precisamente por entenderem que ele se deve manter inalterado e ser rigorosamente cumprido, ainda em presença de uma alteração das circunstâncias que preencha a previsão do art. 437º. Isto significa que são assim postas a cargo de uma das partes as modificações que daí resultem na execução do negócio” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 291).

¹⁶⁰ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 129. No mesmo sentido: MAIORCA, *Il contratto - Profili della disciplina generale*, Torino, 1996, p. 299.

deve se manifestar apenas na esfera individual de um contratante mas deve possuir *caráter de generalidade*.¹⁶¹

Antônio Medeiros da Fonseca, por sua vez, sustenta que o fato superveniente ensejador da excessiva onerosidade pode ser aquele que atinge uma categoria inteira de devedores, ou também o fato mais específico, que impacta apenas um ou outro devedor.¹⁶² No mesmo sentido, é o posicionamento de Angelo de Martini, que afirma que basta que se verifique um acontecimento extraordinário e imprevisível que acarrete, em uma relação direta de causalidade, a excessiva onerosidade do contrato, independentemente do gênero e da dimensão do evento.¹⁶³

Não há nada nos artigos do Código Civil reguladores da aplicação da teoria da imprevisão que permita restringir os remédios da excessiva onerosidade apenas às hipóteses cujos fatos geradores possuam caráter de generalidade, sendo teoricamente possível a ocorrência de evento imprevisível e extraordinário que afete apenas um determinado devedor ou um grupo de devedores.

Deve-se, de fato, excluir das hipóteses autorizadoras da aplicação da teoria da imprevisão os acontecimentos que estejam circunscritos à esfera pessoal do contraente, como a perda de emprego, a doença, etc. (v. item 2.3.2 abaixo). No entanto, isso não significa que deve ser excluído da incidência da teoria um fato externo, imprevisível e extraordinário, que atinja apenas um grupo pequeno de devedores, os quais nesse caso, presentes os demais requisitos, poderão invocar os remédios da excessiva onerosidade.

Pode acontecer, ainda, que o evento imprevisível e extraordinário se apresente como meramente transitório ou temporário, isto é, impacte o regulamento de interesses estabelecido

¹⁶¹ “É coerente com este delineamento que deva tratar-se, igualmente, de acontecimentos que não se manifestem só na esfera individual de um contraente, mas operem, ao invés, com *caráter de generalidade*, mudando as condições de todo um mercado ou de todo um setor de relações. Por isto, pode ser causa de resolução o encerramento do canal de Suez, que agrave a prestação do transportador marítimo, mas não certamente a doença imprevista do comandante do navio, que obrigue o armador a substituí-lo naquela viagem por outro que pretende uma remuneração muito mais elevada” (Enzo ROPPO, *O contrato*, cit., p. 262).

¹⁶² Arnoldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, cit., p. 347: “Acolhida a teoria da imprevisão, ela abrange, nos termos expostos, quaisquer contratos de execução retardada, sejam ou não de trato sucessivo, apenas com as limitações especiais que decorrem da existência de preceito legal proibitivo e não revogado (Cód. Civil, art. 1.453) Pouco importa que a superveniência imprevista atinja uma categoria inteira de devedores, ou haja somente um ou outro lesado”.

¹⁶³ Angelo DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., p. 62: “Per realizzare la fattispecie di eccessiva onerosità atta a determinare la risoluzione del contratto a termini di detto articolo, pertanto, occorre e *basta* che si verificino ‘avvenimenti straordinari ed imprevedibili’, di qualunque genere e di qualunque portata, e che un nesso di causalità legghi tal verificarsi di avvenimenti all'eccessivo onerarsi del contratto”. Em sentido semelhante: “O facto imprevisível que provoca a extraordinária alteração da economia originária do contrato pode ter um alcance mais ou menos vasto, limitando-se a essa alteração ou atingindo até toda a vida da Nação. A distinção entre factos de alcance geral e factos de alcance particular só apresenta interesse, porém para efeitos de prova do nexo de causalidade que os une à alteração da economia originária do contrato” (Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 80).

pelas partes apenas em um determinado período e, conseqüentemente, torne excessivamente onerosas as prestações devidas nesse período, mas não todas as prestações previstas contratualmente. Basta pensar na hipótese de flutuação momentânea de preços, com incidência de poucos meses, que atinja um contrato de fornecimento, cuja duração se estende por anos.

Nessas hipóteses, continuam a incidir os remédios da excessiva onerosidade, os quais, no entanto, devem ser adaptados às circunstâncias concretas. Conforme sustenta Antonio Junqueira de Azevedo, no caso de excessiva onerosidade temporária, a sentença que a reconhece somente produzirá efeitos enquanto perdurar a onerosidade excessiva da prestação, configurando, portanto, hipótese de decisão judicial com eficácia subordinada à manutenção das circunstâncias levadas em consideração pelo julgador.¹⁶⁴ Tal hipótese mostra-se plenamente admissível no sistema jurídico brasileiro, que expressamente admite sentença sobre relação jurídica condicional (parágrafo único do art. 460 do Código de Processo Civil).¹⁶⁵

2.3. Excessiva onerosidade da prestação

Como requisito de incidência dos remédios de revisão ou resolução por onerosidade superveniente da prestação, o artigo 478 Código Civil exige que, em virtude de um acontecimento imprevisível e extraordinário, a prestação de uma das partes tenha se tornado *excessivamente onerosa*.

O conceito de excessiva onerosidade, no entanto, não se encontra explicitado pelo legislador. O Código Civil também não prevê qualquer parâmetro para a configuração da excessiva onerosidade, deixando ao prudente arbítrio dos magistrados a definição, no caso concreto, das prestações que se tornaram excessivamente onerosas a ponto de autorizar a revisão ou a resolução do contrato. Na ausência de indicação normativa, incumbe à doutrina o papel de estabelecer os parâmetros necessários para a delimitação da discricionariedade na aplicação dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil. Tarefa que não tem se provado fácil ou imune a controvérsias.

¹⁶⁴ Antonio Junqueira DE AZEVEDO, *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentada para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192.

¹⁶⁵ Art. 460 do Código de Processo Civil: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”. O maior exemplo de sentença proferida sobre relação jurídica condicional é aquela relativa à ação de alimentos, que comporta alteração a qualquer tempo, em face da modificação da situação financeira do alimentante ou do alimentado.

2.3.1 Excessiva onerosidade e caso fortuito ou força maior

Em primeiro lugar, cumpre diferenciar a excessiva onerosidade da prestação com o caso fortuito (ou força maior).¹⁶⁶ Ambas as noções possuem natureza objetiva¹⁶⁷ e visam a tutelar o devedor no caso de eventos supervenientes que incidam sobre a prestação contratual, mas enquanto o caso fortuito pressupõe a impossibilidade superveniente e total da prestação, a excessiva onerosidade diz respeito ao peso material, ao custo excessivo e ao sacrifício desproporcional na execução da prestação.

Antes de sua consagração nos ordenamentos jurídicos modernos, a doutrina chegou a se valer do instituto da impossibilidade superveniente para justificar a teoria da imprevisão, assimilando os casos de excessiva onerosidade da prestação às hipóteses de caso fortuito e força maior¹⁶⁸ ou considerando a excessiva onerosidade como uma forma quantitativamente reduzida de impossibilidade superveniente absoluta da prestação.¹⁶⁹

Atualmente já não há mais dúvidas acerca da diversidade entre as duas figuras. A impossibilidade superveniente consiste em parâmetro de natureza exclusivamente qualitativa tendente à verificação da possibilidade ou não de adimplemento da prestação. A excessiva

¹⁶⁶ Embora alguns autores defendam sua diferenciação, as locuções “caso fortuito” e “força maior” têm sido entendidas como sinônimos, tendo em vista que, em ambos os casos, as consequências jurídicas coincidem. Tanto o caso fortuito quanto o de força maior desincumbem o devedor de responder pelas perdas e danos a que sua inexecução deu causa. Nessa direção: Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 709.

¹⁶⁷ Gustavo TEPEDINO sustenta, em sentido contrário, embora sem maiores divergências no que tange ao resultado prático da distinção, que, enquanto o caso fortuito ou força maior consistiria em hipótese de impossibilidade objetiva da prestação, a excessiva onerosidade seria caso de impossibilidade subjetiva no cumprimento da obrigação. Confira-se: “Em outras palavras, trata-se de princípio [teoria da imprevisão] que permite relevar judicialmente a impossibilidade subjetiva no cumprimento da obrigação a ser posta em prática quando o desequilíbrio ocasionado por fatos inesperados e supervenientes não configurar caso fortuito (ou força maior), hipótese de impossibilidade objetiva. Enquanto nesta última a realização da prestação apresenta-se absolutamente impossível, nas hipóteses relacionadas com a teoria da imprevisão a prestação, ainda que materialmente possível de se realizar, em função das circunstâncias fáticas alheias ao momento contratual, levada a efeito acarretaria uma onerosidade excessiva ao devedor, contrariando, assim, as bases avençadas para o negócio” (Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado*, in *Revista Forense*, vol. 301, São Paulo: Forense, 1988, p. 75).

¹⁶⁸ Destacando e analisando a influência dessas tendências, cf. Arnaldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, cit., p. 302; Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 266; Diogo de Paiva BRANDÃO, *Considerações sobre o problema da imprevisão*, cit., p. 180. V., ainda, Enrico GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, disponível em www.juscivile.it, acesso 27.3.2013, p. 3. No Brasil, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, Arnaldo Medeiros DA FONSECA, em trabalho precursor, já sustentava a diferenciação entre caso fortuito e a excessiva onerosidade: “Destá forma, imprevisão e caso fortuito são, a nosso ver, noções distintas, com fundamentos e efeitos diversos. O caso fortuito ou de força maior só libera quando acarreta a impossibilidade absoluta ou objetiva de executar; enquanto que, em matéria de imprevisão, se atende também à impossibilidade subjetiva ou onerosidade excessiva da prestação” (Arnaldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, São Paulo: Forense, 1958, p. 346).

¹⁶⁹ D. RUBINO, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, 1947, I, p. 727.

onerosidade, a seu turno, consiste em parâmetro notadamente quantitativo dirigido à verificação do grau de agravamento econômico da prestação.¹⁷⁰

O caso fortuito ou a força maior, dessa forma, relaciona-se à inexecução involuntária da prestação, extinguindo-se a obrigação pela absoluta impossibilidade de seu cumprimento, em vista de fato superveniente. O regime da excessiva onerosidade superveniente previsto no Código Civil, por sua vez, se aplica às alterações de circunstâncias que, perturbando a economia negocial, não acarretam, contudo, a impossibilidade de prestação de qualquer das obrigações previstas no contrato, mas sim a extrema dificuldade no adimplemento, tendo em vista o forte desequilíbrio contratual.

Afirma-se, ainda, que, como o caso fortuito consiste na impossibilidade superveniente involuntária e total da prestação, o único remédio jurídico aplicável é a resolução do contrato. A onerosidade excessiva, por sua vez, tratando-se não de impossibilidade mas sim de dificuldade extrema no adimplemento da prestação, admite não apenas a resolução mas também a revisão do ajuste, mantendo o contrato entre as partes, embora em novos termos.¹⁷¹

2.3.2 Excessiva onerosidade e dificuldade subjetiva de adimplemento

Doutrina e jurisprudência sustentam que a excessiva onerosidade da prestação deve ser avaliada por meio de critérios rigorosamente objetivos, relacionados à verificação de alterações na própria prestação, excluindo, dessa forma, para a configuração da onerosidade excessiva da prestação, qualquer influência da representação das partes no momento da contratação ou da concreta situação econômica do devedor.¹⁷²

Nessa direção, afirma-se que a mera dificuldade subjetiva de adimplemento (ou seja, qualquer impedimento de natureza subjetiva à execução da prestação) não justifica a aplicação dos remédios da revisão ou resolução contratual previstos no Código Civil.¹⁷³ O ordenamento

¹⁷⁰ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 117.

¹⁷¹ Orlando GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 214.

¹⁷² “L'onerosità deve essere esaminata, per la sua sopravvenuta eccesività, con riguardo alla prestazione considerata nella sua oggettività e non con riguardo alla situazione soggettiva in cui versa il debitore. Le due situazioni (onerosità e difficoltà ad adempire) operano su piani di valutazione diversi del rapporto dedotto nel contratto, e quindi sono insuscetibili di essere assimilati o sovrapposti nella valutazione dei termini dell'adempimento” (Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, estratto da *Trattato di Diritto Privato* (diretto da Mario BESSONE), vol. XIII, t. VIII, Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 50). V., ainda, Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 112; Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., pp. 163-164; Paolo GALLO, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, cit., p. 182.

¹⁷³ “Nessuna identificazione può dunque essere fatta tra la ‘difficultas’ quale fenomeno di natura esclusivamente soggettiva, e l’(eccessiva) onerosità della prestazione, quale evento di rigida configurazione oggettiva. Per converso, in presenza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, potrà pervenirsi all'applicazione del rimedio

não atribui qualquer relevância jurídica autônoma à mera dificuldade subjetiva de adimplemento, seja para a aplicação do regime da onerosidade excessiva, seja como justificativa para o inadimplemento do devedor. Exige-se, dessa forma, que o evento causador da excessiva onerosidade seja externo às condições pessoais do devedor. Ao propósito, confira-se a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“(…) Teoria da Imprevisão. A revisão do contrato com apoio na teoria da imprevisão é possível quando fator externo interferir nas obrigações recíprocas a ponto de desequilibrá-las de modo que um dos contratantes fica mais onerado. A perda de receita de um dos contratantes não interfere na relação contratual, motivo porque não justifica seja aplicada a teoria da imprevisão. (...) O único fundamento do recurso da apelação interposto consiste na possibilidade de rever as cláusulas contratuais originariamente firmadas com lastro na teoria da imprevisão, suspostamente aplicável ao caso em decorrência dos problemas de saúde que acometeram o Apelante. Desde a inicial o Apelante aponta razões de saúde, que culminaram na aposentadoria por invalidez como fator decisivo para a inadimplência, pois passou a receber com substancial retardo o pagamento do auxílio-doença. Os contratos podem ser revistos quando por fator externo as obrigações originariamente estabelecidas se desequilibram, gerando a necessidade de restabelecer a paridade. No caso dos autos, não há qualquer disparidade entre as obrigações das partes, nem a inicial se fundamenta em evento que tenha influenciado de forma concreta e decisiva na relação obrigacional. O motivo do Apelante, consistente em perda de receita por conta da doença que o invalidou para a atividade profissional, não interfere na relação contratual, mas exclusivamente na dificuldade financeira do Apelante, por motivos estranhos ao contrato. O fator que interfere no adimplemento da obrigação do Apelante não atinge o contrato, por isso impossível admitir a revisão do pacto com esteio na teoria da imprevisão (...)”.¹⁷⁴

risolutorio ache quando, in concreto, il debitore non avesse avuto alcuna difficoltà ad adempiere” (Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 112).

¹⁷⁴ TJRJ, Ap. Cív. 2006.001.12005, 17ª CC, Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira, julg. 31.5.2006. Em sentido semelhante, sustentando que circunstâncias pessoais do devedor, tais como superveniente perda do emprego, não podem servir com justificativa da aplicação da teoria da imprevisão, confira-se: TJRJ, Ap. Cív. 2005.00119829, 14ª CC, Rel. Des. Rudi Loewenkron, julg. 27.9.2005; TJRJ, Ap. Cív. 70052054715, 12ª CC, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, julg. 14.3.2013. TJRJ, Ap. Cív. 2006.001.02391, 15ª CC, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, julg. 8.3.2006; TJSP, Ap. Cív. 316.655-4/2-00, 5ª CDPri, Rel. Des. Oscarlino Moeller, julg. 20.5.2009; TJSP, Ap. Cív. 672.324.4/0-00, 4ª CDPri, Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 1.10.2009; TJSP, Ap. Cív. 80.127.4/0, 5ª CDPri, Rel. Des. Ivan Sartori, julg. 10.6.1999; TJSP, Ap. Cív. 7.302.306-8, 15ª CDPri, Rel. Des. Souza José, julg. 9.12.2008; TJSP, Ap. Cív. 646.911.4/3-00, 9ª CDPri, Rel. Des. João Carlos Garcia, julg.

Embora na maioria dos casos se verifique que a onerosidade excessiva da prestação vem acompanhada de uma dificuldade de adimplemento por parte do devedor, é perfeitamente possível que, em determinada hipótese, a excessiva onerosidade possa configurar-se mesmo na ausência de uma concomitante situação de dificuldade. Basta pensar na hipótese de um contrato entre duas companhias transnacionais de grande porte em que a prestação de uma delas se torne excessivamente onerosa em razão de um evento imprevisível superveniente. O fato de a excessiva onerosidade dessa prestação não acarretar impacto ruinoso no vultoso patrimônio da companhia não impede essa parte de, verificados os requisitos autorizadores, se valer dos remédios previstos no Código Civil.

Dito diversamente, o Código Civil não exige, para a aplicação da teoria da imprevisão, que a prestação tornada excessivamente onerosa acarrete a ruína econômica do devedor.¹⁷⁵ A excessiva onerosidade deve ser avaliada, portanto, focando-se exclusivamente na relação sinalagmática entre prestação e contraprestação (no caso dos contratos sinalagmáticos), ou unicamente na própria prestação (no caso dos contratos unilaterais).

Por tal razão, é possível afirmar que a excessiva onerosidade de uma determinada prestação pode igualmente ser verificada seja na presença de um contraente de situação econômica favorável – e que, por essa razão, não tenha seu patrimônio sofrido substancial impacto devido ao agravamento econômico da prestação –, seja no caso de um contraente de situação econômica inferior – que, por esse motivo, seria levado à ruína caso fosse obrigado a adimplir sua originária obrigação.¹⁷⁶

2.3.3 Parâmetros de avaliação da excessiva onerosidade

Concluindo-se tratar a onerosidade excessiva da prestação de um conceito objetivo que não se confunde com a impossibilidade superveniente da prestação e nem com as dificuldades subjetivas a que possam estar sujeitos os contratantes, resta individuar os parâmetros que devem

8.9.2009; TJSP, Ap. Cív. 586.872-4/8-00, 9ª CDPri, Rel. Des. Pica Rodrigues, julg. 16.12.2008; TJSP, Ap. Cív. 612.+927-4/2, Rel. Des. Beretta da Silveira; TJRS Ap. Cív. 70023910714, 9ª CC, Rel. Des. Odoné Sanguiné, julg. 12.11.2008.

¹⁷⁵ Aldo BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 333; Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 110; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 124; Maria Antonieta Lynch DE MORAES, *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, cit., p. 223; Lucia Ancona Lopez de Magalhães DIAS, *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 354. Em sentido contrário: Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil*, in *Revista de Direito Privado*, cit., p. 207.

¹⁷⁶ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 114.

ser utilizados para a configuração em concreto da excessiva onerosidade superveniente das prestações contratuais.

Nos países que adotam o sistema da *common law* (os quais, em geral, não preveem o instituto da revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva) tem-se utilizado como parâmetro de avaliação da onerosidade superveniente da prestação a comparação entre o valor da prestação prometida e o custo necessário para realizá-la, permitindo-se a dissolução ou a revisão do vínculo entre as partes quando o custo de cumprimento da prestação resulta substancialmente superior.¹⁷⁷

Tal critério, no entanto, ignora que as partes podem ter originalmente, de forma consciente e legítima (ou seja, não sendo hipótese de vício de consentimento ou de lesão), estabelecido uma disposição de interesses não objetivamente equivalente em sentido econômico, razão pela qual tal parâmetro se mostra de pouca utilidade na maior parte das hipóteses sujeitas à aplicação da teoria da imprevisão.¹⁷⁸

Por outro lado, a principal controvérsia da doutrina dos países da *civil law* acerca dos parâmetros a serem utilizados consiste na discussão se a excessiva onerosidade nos contratos bilaterais¹⁷⁹ deve ser avaliada (i) a partir de uma análise da prestação do devedor em si mesma, comparando seu valor no momento da contratação e no momento de execução do ajuste; (ii) ou se, pelo contrário, deve ser realizada uma análise da relação de valor entre prestação e contraprestação, comparando se, no momento da execução contrato, subsiste essencialmente o equilíbrio sinalagmático originário entre as prestações.

Nessa direção, alguns autores, adeptos da primeira corrente de pensamento, sustentam que a excessiva onerosidade consistiria tão-somente no aumento, perceptível no momento do adimplemento, do custo originário da prestação do devedor em importância superior às margens da álea normal do contrato. Nessa ótica, a excessiva onerosidade não se relacionaria à comparação de valor entre prestação e contraprestação, mas consistiria apenas na diferença substancial entre o custo original e o custo atual da prestação.¹⁸⁰ Os adeptos dessa concepção não admitem, ainda, que a excessiva onerosidade possa ser configurada também nas hipóteses de degradação excessiva do valor da contraprestação a ser recebida.

¹⁷⁷ Paolo GALLO, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, cit., pp. 204-209; Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 110.

¹⁷⁸ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 111.

¹⁷⁹ Entende-se como *bilateral* o contrato que se caracteriza pelo sinalagma, isto é, pela relação de dependência recíproca existente entre as obrigações. Nesse sentido, contrato bilateral é tomado como sinônimo de contrato sinalagmático ou de prestações correlatas. V., nessa direção, Orlando GOMES, *Contratos*, cit., pp. 109-118.

¹⁸⁰ Agostino GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Revista del Diritto Commerciale*, n. 11-12, nov./dez. 1963, pp. 424 e ss.

A excessiva onerosidade se basearia, dessa forma, “exclusivamente no agravo objetivo da singular posição do devedor, ou do ônus econômico assumido com o contrato, destinando-se assim a preservar a proporção inicial na relação entre sujeito obrigado e prestação objeto de sua obrigação”.¹⁸¹ Como consequência direta dessa concepção, a configuração da excessiva onerosidade da prestação prescindiria da manutenção ou não do equilíbrio sinalagmático entre prestação e contraprestação.

Tal orientação, no entanto, não parece se coadunar com a lógica de correspectividade entre prestação e contraprestação que rege os contratos sinalagmáticos. Tratando-se de contrato sinalagmático, nos quais existe uma relação de correspectividade entre as prestações devidas pelas partes entre si, a excessiva onerosidade de uma das prestações não pode jamais ser avaliada isoladamente, mas apenas com relação à contraprestação que, no concreto regulamento de interesses, representa sua referência de valor.¹⁸²

A disciplina da excessiva onerosidade consiste, como já se destacou, em corolário do princípio do equilíbrio contratual aplicado à fase de execução do ajuste. Este equilíbrio contratual existente nos contratos paritários e sinalagmáticos e que será protegido pelo direito em caso de onerosidade excessiva consiste no chamado *equilíbrio subjetivo*.¹⁸³ Em sentido subjetivo, o equilíbrio contratual significa que a relação sinalagmática é compreendida como uma troca entre prestações em relação a qual cada contratante atribui o significado que entende oportuno, e não como troca de valores objetivamente equivalentes. Dessa forma, em um contrato de compra e venda, o preço não equivale necessariamente ao valor intrínseco do bem vendido, podendo ser superior ou inferior a ele, a depender do pactuado pelas partes e das circunstâncias do negócio concreto.¹⁸⁴

Note-se, no entanto, que esse equilíbrio contratual originalmente subjetivo (na medida em que foi definido pelas próprias partes) adquire objetividade a partir do momento em que é

¹⁸¹ Tradução livre de Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 120-121. No original: “L'eccessiva onerosità si baserebbe quindi esclusivamente sull'oggettivo agravo della singola posizione debitoria, o dell'onere economico assunto con il contratto, tendendo così a preservare la proporzione iniziale nel rapporto tra soggetto obbligato e prestazione oggetto del suo obbligo, a prescindere dunque dal perdurare o meno dell'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni (che infatti potrebbe assistere proprio in ragione dell'aggravio di costo di una prestazione)”.

¹⁸² Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 122.

¹⁸³ Luiz Philippe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 95-97.

¹⁸⁴ Augusto PINO, *La excessiva onerosidade de la prestación*, cit., p. 58. Nessa mesma direção, confira-se a lição de Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 73: “A equivalência absoluta entre as prestações pressuporia a igualdade absoluta entre os diferentes contratantes, entre suas necessidades, e desconsideraria o fato de que, na valoração de um bem, concorrem vários ‘coeficientes’ e, em determinados casos, alguns particularmente subjetivos, como a intensidade do desejo e a urgência da necessidade econômica de uma das partes sobre as quais se deliemia o fenômeno econômico da troca”.

cristalizado na declaração negocial.¹⁸⁵ Ou seja, não tendo havido nenhum vício no momento inicial da contratação que estabeleceu o equilíbrio originário de valores entre prestação e contraprestação, deve essa relação originária disposta no contrato servir de base para a avaliação da excessiva onerosidade superveniente, efetuando-se um confronto entre a posição contratual originária e aquela resultante do evento superveniente imprevisível e extraordinário a fim de verificar se subsiste essencialmente o equilíbrio econômico do contrato.¹⁸⁶

A excessiva onerosidade nos contratos bilaterais, portanto, na esteira do que sustentam os adeptos da segunda corrente de pensamento, não deve ser identificada com base na avaliação da prestação em relação a si mesma (embora em momentos distintos), mas sim com base na comparação entre prestação e contraprestação, ou seja, com base em uma avaliação global da economia do contrato.¹⁸⁷ A excessiva onerosidade, no âmbito dos contratos bilaterais, deve ser entendida como a extrema dificuldade superveniente de adimplemento decorrente de uma particular e excepcional perturbação no equilíbrio originário entre as prestações a cargo das partes.¹⁸⁸

Como consequência lógica desta concepção, sustenta-se que a excessiva onerosidade pode se verificar não apenas no caso de aumento substancial do custo da prestação devida, como também na hipótese de diminuição excessiva do valor da contraprestação a ser recebida pelo devedor (que se encontra, em relação a tal contraprestação, na posição de credor).¹⁸⁹ Ou seja, a

¹⁸⁵ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 98.

¹⁸⁶ Nessa direção: “Negli ordinamenti moderni l’equilibrio tra le prestazioni non è considerato un requisito di validità dei contratti; le parti sono cioè libere di fissare come meglio credono il rapporto di equivalenza tra le prestazioni, salvo il limite costituito dalla lesione enorme. Ocorre pertanto far riferimento non tanto all’equilibrio in astratto tra le prestazioni, quanto al rapporto di equivalenza voluto e fissato dalle parti in sede di conclusione del contratto” (Paolo GALLO, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, cit., pp. 183-184).

¹⁸⁷ Nesse diapasão: Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 164; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 120-121; Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, in *Rivista Roma e América – Diritto Romano Comune*, Roma, vol. 16, 2003, pp. 158-159; Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 112.

¹⁸⁸ Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 95: “(...) se há uma prestação que se torna excessivamente difícil e, por hipótese, a outra se mantém inalterada, quebra-se o equilíbrio que existia no momento da celebração do contrato. Portanto, outro caso que importa referir é precisamente o da verificação de um desequilíbrio superveniente entre a prestação e contraprestação. Esta é, aliás, uma das situações de imprevisão, que, por ser das mais flagrantes e frequentes, a doutrina admite sem dificuldade e genericamente”.

¹⁸⁹ Trata-se da hipótese conhecida na doutrina italiana como *svilimento*, que significa aviltamento ou degradação do valor da contraprestação. Carlo G. TERRANOVA informa, inclusive, que, na jurisprudência italiana, a hipótese fática mais comum de aplicação da teoria da excessiva onerosidade é justamente no caso de degradação (“*svilimento*”) do valor da contraprestação em razão de um evento superveniente imprevisível e extraordinário: “La casistica giurisprudenziale mostra anzi come la fattispecie che più frequentemente conduce all’attivazione del rimedio risolutorio sia proprio quella in cui l’eccessiva onerosità è discesa dallo ‘svilimento’ di valore della controprestazione conseguente alla sopravvenuta svalutazione monetaria, semprché detto ‘svilimento’ non si verifici successivamente all’esecuzione della prestazione medesima, per l’ovvia considerazione che chi ha già adempiuto non può correre rischi collegati alla prestazione eseguita” (Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 123-124). Na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes

desproporção da relação contratual originária pode advir em razão da circunstância de ter aumentado o valor da prestação a ser cumprida (tendo permanecido inalterado o valor da prestação a ser recebida), ou por ter diminuído o valor da prestação a ser recebida (tendo permanecido inalterado o valor da prestação a ser adimplida). Em ambos os casos, há o rompimento do equilíbrio originário entre as correspectivas prestações que compõem a relação contratual, acarretando para uma das partes um maior sacrifício econômico.¹⁹⁰

Como cediço, nos contatos bilaterais, o sacrifício econômico relativo à prestação devida é todo ou em parte compensado pela contraprestação a ser recebida. Assim, por exemplo, em um contrato cuja prestação possui objetivamente valor de 50 unidades de uma determinada medida e a contraprestação possui objetivamente valor de 30 unidades, o sacrifício econômico suportado pelo devedor com a operação econômica totaliza o montante objetivo de 20 unidades.

Em razão dessa relação íntima e direta entre prestação e contraprestação nos contratos sinalagmáticos, eventual diminuição do valor da contraprestação incide diretamente na avaliação da onerosidade da prestação devida. Uma significativa diminuição do efetivo valor

da vigência do Código Civil de 2002, em hipóteses relacionadas à revisão de aluguel em contratos de locação, já se posicionava favoravelmente à possibilidade de revisão do contrato por iniciativa do credor, com base na superveniente degradação excessiva da contraprestação. Confira-se: “O princípio – ‘pacta sunt servanda’ – deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula ‘rebus sic stantibus’ cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou o prazo para a revisão do valor do aluguel. Todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restara comprovado que o último reajuste do preço ficara bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo judicialmente” (STJ, REsp 177018/MG, 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 20.8.1988). V. tb. STJ, REsp 462937, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julg. 10.2.2004.

¹⁹⁰ Nesse sentido, Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 123: “Come logico corollario di tale indirizzo si afferma poi che l'eccessiva onerosità sussiste sia quando vi sia un particolare aggravio di valore di una prestazione rispetto all'altra, sia quando si determini una eccezionale diminuzione del valore reale della controprestazione: in termini d'equilibrio delle prestazioni, la posizione della parte obbligata diviene infatti più onerosa nell'un caso e nell'altro, dovendo in entrambe le ipotesi sottostare ad um maggiore sacrificio economico”. V. tb. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 164; Paolo GALLO, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, cit., p. 184. No âmbito do direito português, confira-se, nessa mesma direção, a opinião de Luís A. Carvalho FERNANDES, segundo a qual a teoria da excessiva onerosidade pode ser aplicada também no caso de aviltamento da prestação a ser exigida pelo credor: “No pólo oposto ao das hipóteses referidas coloca-se de a alteração de circunstâncias se traduzir no desaparecimento do interesse do credor. Em nosso entender, é também neste caso aplicável a teoria da imprevisão. Seria, na verdade, injusto que o devedor pudesse reagir contra a maior onerosidade da prestação e não se reconhecesse ao credor direito idêntico, quando a modificação das circunstâncias iniciais do contrato se traduzisse no aviltamento da prestação que lhe é devida ou no desaparecimento do seu interesse em relação a ela” (*A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 94). Na doutrina brasileira, partilham tal opinião: Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 124; Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 111; Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 208; Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 156. Manifestando opinião contrária, Nelson BORGES, *Aspectos Positivos e Negativos da Revisão Contratual no Novo Código Civil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 849, julho, 2006, p. 95, para quem a contraprestação do credor jamais poderá tornar-se excessivamente onerosa.

da contraprestação acarreta sempre uma maior onerosidade, ou seja, um maior sacrifício econômico a cargo da outra parte e, com isso, uma alteração do equilíbrio da relação contratual.

Por esse mesmo motivo, o intérprete, ao avaliar, no caso concreto, a existência de excessiva onerosidade em determinado contrato sinalagmático, não deve se ater apenas à modificação de valor da prestação a cargo do devedor, devendo analisar a economia global da relação contratual, na medida em que é inclusive possível que tenha havido, ao mesmo tempo, aumento no valor da contraprestação a ponto de compensar a aparente onerosidade superveniente da prestação.¹⁹¹ É apenas por meio do confronto entre o equilíbrio originário das prestações e as variações de valores que ambas sofreram ao longo da relação contratual que é possível se determinar se a concreta alteração superveniente das circunstâncias é capaz de justificar a resolução ou a revisão do contato. Nesse mesmo sentido, confira-se a lição de Judith Martins-Costa:

“A configuração do sacrifício não ocorre apenas quando o devedor se encontra na necessidade de procurar o objeto, por ele pagando preço excessivo, ou quando deve produzir um produto a custo excessivo, ou pagar por um serviço um custo também excessivo: também se verifica quando o objeto já se encontra no seu patrimônio, e a situação de desequilíbrio derive de um superveniente fenômeno de desvalorização da moeda que, reduzindo excessivamente o valor intrínseco da contraprestação pecuniária, já não o torna adequado enquanto ‘contraprestação’. Para tanto é necessário confrontar o valor (ou o custo) no momento do adimplemento. Em outros termos, a excessiva onerosidade é a que produz, ao devedor, sacrifício que altera a economia do contrato e o equilíbrio originariamente existente”.¹⁹²

No caso dos contratos unilaterais, por sua vez, parece claro que a excessiva onerosidade deve ser avaliada observando-se tão-somente a oscilação de valor da única prestação principal em jogo, tendo em vista que ela representa, nessas espécies de contrato, a totalidade do empenho econômico alocado pelas partes na relação contratual. Dito por outras palavras, nos contratos

¹⁹¹ Augusto PINO, *La excesiva onerosidade de la prestación*, cit., p. 86. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, exemplificando a importância de se levar em consideração a economia global de uma relação contratual na aplicação da teoria da excessiva onerosidade, traz a hipótese de contratos coligados em que determinada prestação assumida em um deles seja correspondente à vantagem garantida em outro, de tal sorte que a falta de um contrato poderá abalar o equilíbrio de toda rede a que pertenciam os contratos (Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 90).

¹⁹² Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 151.

unilaterais, não havendo relação de correspectividade (sinalagma) entre as obrigações a cargo de credor e devedor, a excessiva onerosidade superveniente deve ser verificada através da comparação da prestação do devedor consigo mesma (embora em momentos diversos da relação contratual), confrontando seu valor no momento de aperfeiçoamento do contrato com seu valor à época de sua execução.

Pode-se concluir, dessa forma, que a excessiva onerosidade deve ser verificada, (i) nos contratos bilaterais, através da significativa alteração da relação originária de equilíbrio entre prestação e contraprestação (que pode se verificar de diversas formas) e, (ii) nos contratos unilaterais, por meio da observação da oscilação de valor da única prestação principal prevista na relação contratual, ou seja, através da comparação da prestação consigo mesma em momentos diversos da relação contratual.¹⁹³

Destaque-se, no entanto, que apenas as prestações ainda não adimplidas podem ser objeto dos remédios da onerosidade excessiva pela óbvia consideração de que obrigações já extintas não podem se tornar excessivamente onerosas, tendo a *solutio* do devedor nessas hipóteses produzido seus efeitos naturais.¹⁹⁴ Isso, no entanto, não impede que o contratante que tenha cumprido espontaneamente sua prestação contratual alegue a superveniente onerosidade

¹⁹³ Embora a configuração da onerosidade excessiva seja feita por meio de métodos distintos nos contratos bilaterais e unilaterais (tendo em vista suas diversas estruturas e funções), Carlo G. TERRANOVA destaca que se trata de um fenômeno unitário cuja finalidade é permitir que o ordenamento reaja contra um agravo no empenho econômico deduzido no negócio, evitando, assim, um desequilíbrio superveniente dos termos da relação e, ao mesmo, um exagerado e não previsível sacrifício econômico de uma das partes. Confirma-se: “Le diverse configurazioni della ‘eccessiva onerosità’ cui s’è fatto dapprima cenno risultano solo apparentemente inconciliabili, ciascuna in realtà accentuando l’uno o l’altro dei più profili rilevanti de un medesimo fenomeno unitario, seppur l’uno in via generale (aggravio di costo) e l’altro solo con riguardo ai contratti sinallagmatici (alterazione dell’equilibrio delle prestazioni). La disciplina dell’onerosità sopravvenuta reagisce ad un aggravio dell’impegno economico dedotto nell’affare che si ponga al di là delle prevedibili oscillazioni connesse al rischio proprio di ogni contratto, evitando così un’alterazione *in itinere* dei termini del rapporto e, nel contempo, un sacrificio economico non programmato ne prevedibili” (Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 124). Em sentido contrário, Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 202: “Poder-se-ia argumentar, porém, que a noção de onerosidade não tem porque ser, necessariamente unitária. Isto é, caber-se-ia pensar na onerosidade como equilíbrio entre as prestações no caso dos contratos bilaterais (art. 478), e na onerosidade como a relação entre a prestação comprometida no momento da celebração do contrato, e o sacrifício que esta exige no momento da execução, no caso dos unilaterais”. Também manifestando a opinião de que a duplicidade de métodos de aferição do requisito da excessiva onerosidade acarreta o rompimento da unidade do instituto, cf. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 164.

¹⁹⁴ Na lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “As prestações efetuadas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas, mesmo comprovada a alteração do quadro econômico, porque a *solutio* espontânea do devedor produziu seus efeitos naturais” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 166). Na mesma direção: Enrico GABRIELLI, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 54-55; Rodolfo SACCO, *Il contratto*, t. II, Torino: Utet, 2004, p. 707; Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 123-124. “Note-se, no entanto, que o mesmo não se pode dizer das prestações pagas no curso do processo, já que, conforme expressa disposição da lei, os efeitos da sentença judicial que reconhece a excessiva onerosidade retroagem até a data da citação, de modo a impedir que eventual lentidão do processo prejudique a parte afetada pelo desequilíbrio superveniente entre as prestações contratuais” (Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 130).

de eventual contraprestação que ainda deva receber, na hipótese de esta ter sofrido excessiva degradação em relação ao momento de conclusão do contrato.¹⁹⁵

Note-se, por outro lado, que se mostra perfeitamente possível que, na hipótese de cumprimento parcial do contrato (ou seja, no caso de adimplemento de apenas parte das prestações devidas), o devedor alegue a excessiva onerosidade superveniente no que tange às obrigações ainda não adimplidas.¹⁹⁶ Trata-se, na realidade, da hipótese mais comum de aplicação da teoria da excessiva em relação aos contratos de execução periódica e continuada.

No que tange ao montante capaz de configurar a onerosidade excessiva, conforme já se destacou, tal alteração de valor não pode representar mero agravamento do sacrifício econômico suportado pelo devedor, uma vez que sempre será possível, e, portanto, dentro do risco ordinário das contratações, a ocorrência de oscilações no que tange ao valor originalmente acertado, mas deve significar agravamento excessivo, manifesto, de tal modo que a manutenção do vínculo contratual seja fonte de iniquidade, por destruir por completo a comutatividade inicialmente pactuada.¹⁹⁷

Sobre o tema, a doutrina destaca que o conceito econômico de risco ordinário do contrato, utilizado para a verificação da onerosidade *excessiva* capaz de permitir da revisão ou a resolução do ajuste, deve ser compreendido como a regular manutenção de valor que as prestações contratuais podem sofrer, dada sua natureza e o tipo de relação a que pertencem.¹⁹⁸

A teoria da excessiva onerosidade, com efeito, não tem como objetivo servir de válvula de escape para os contratantes que se arrependem de maus negócios realizados, sob pena de consistir em intolerável fator de insegurança nas relações contratuais, razão pela qual apenas podem servir de justificativa para a utilização dos remédios legais as supervenientes

¹⁹⁵ Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 55.

¹⁹⁶ “Il tema in ogni caso presuppone, come si è osservato in dottrina, la preventiva individuazione sia del significato della nozione di prestazione, sia del momento del suo esaurimento, dato che la prestazione può divenire eccessivamente onerosa anche se essa è stata adempiuta solo in parte, poichè la sopravvenienza può colpire sia solo una parte limitata della prestazione, sia intervenire mentre è ancora in corso l'adempimento” (Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 52). No mesmo sentido: Rodolfo SACCO, *Il contratto*, cit., p. 715.

¹⁹⁷ “Caso o desequilíbrio das prestações ou a frustração não sejam significativos, dever-se-á ignorá-los por não afetarem a economia interna do negócio jurídico. (...) Não basta, para configurar o requisito aqui exigido, haver um retardamento na execução, ainda que este atraso seja fruto de acontecimento imprevisível. Tem-se que agregar a ele um desequilíbrio entre as prestações. Por isso se refere que a teoria é a da onerosidade excessiva. A superveniência de fato novo, imprevisível, em contrato de prestação continuada ou diferida, deve agravar o cumprimento de um dos lados contratantes, com o que se estará quebrando a comutatividade que inicialmente o contrato estabelecia (Luís Renato Ferreira DA SILVA, *Do Código Civil ao Código do Consumidor*, cit., p. 112).

¹⁹⁸ Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 75; Augusto PINO, *La excessiva onerosidade de la prestación*, cit., p. 95.

onerosidades que provoquem a uma das partes um tal sacrifício econômico que altere a economia do contrato e o equilíbrio original existente para além da ordinária álea contratual.¹⁹⁹

O conceito de álea contratual para fins de configuração da excessiva onerosidade da prestação, ao contrário do conceito utilizado para determinar o requisito da extraordinariedade do evento, possui aqui sentido quantitativo.²⁰⁰ O juízo de superamento da álea negocial destinado a determinar a onerosidade excessiva consiste em juízo econômico na medida em que exige a avaliação da existência de um agravo quantitativamente relevante que exceda as ordinárias oscilações de custos e valores das prestações contratuais, levando-se em consideração as margens de incerteza próprias do tipo contratual e, ainda, eventual maior risco econômico convencionalmente assumido pelas partes.

Não existe, no entanto, no regime geral da excessiva onerosidade previsto no Código Civil, a determinação de um valor rígido e específico em relação ao qual se poderia afirmar que a prestação supera a álea contratual ordinária e se torna excessivamente onerosa, deixando a lei, a cargo do prudente arbítrio do juiz, a aferição, nas hipóteses concretas, do agravamento do sacrifício econômico do contratante necessário para a aplicação da teoria da imprevisão.²⁰¹

Nessa avaliação, o magistrado deve, em primeiro lugar, levar em conta os preços objetivamente praticados no mercado no qual se insere o contrato sob análise. Os preços praticados em um mercado onde a concorrência é estimulada e protegida, ou seja, em que não há distorções no processo de formação do preço, consiste em parâmetro objetivo que deve servir de base para os magistrados na aferição do excessivo desequilíbrio contratual superveniente.²⁰²

Tal critério, no entanto, não se mostra suficiente na medida em que, no caso concreto, pode se tratar de um mercado não regulado (e, portanto, sujeito a desvirtuamentos dos preços ali praticados) ou, ainda, é possível que as partes tenham optado, consciente e livremente, no momento de formação do contrato, pelo afastamento das regras ordinariamente praticadas naquele mercado, estabelecendo um contrato não objetivamente equivalente no sentido econômico.

Por essa razão, a esse critério, externo à relação contratual, deve-se somar um outro, interno ao contrato: as legítimas expectativas das partes contratantes. Conforme já exposto, a

¹⁹⁹ Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 151.

²⁰⁰ Paolo GALLO, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*, cit., p. 216.

²⁰¹ O artigo 620 do Código Civil, relativamente ao contrato de empreitada, constitui exceção a essa regra, estabelecendo que se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá o dono da obra solicitar a sua revisão, para que lhe seja assegurada a diferença apurada. Diante disso, pode-se concluir, *a contrario sensu*, que o Código Civil estabeleceu que se insere na álea normal do contrato a diminuição do preço do material ou da mão-de-obra no contrato de empreitada a preço global em até um décimo.

²⁰² Rafael Henrique RENNERT, *A Proteção do Equilíbrio Contratual no Código Civil de 2002*, cit., p. 107.

teoria da excessiva onerosidade não protege os contratantes em face de danos inseridos na álea ordinária do contrato, a qual varia conforme o tipo do contrato, seu conteúdo concreto e as circunstâncias que o acompanharam desde sua conclusão.²⁰³ Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva possui relevante papel na determinação das legítimas expectativas dos contratantes no momento de celebração do contrato e, assim sendo, deve servir de parâmetro para a identificação da excessiva onerosidade nos casos concretos, na medida em que permite averiguar quais riscos se encontravam inseridos na álea convencionalmente assumida pelas partes.²⁰⁴

2.4. Extrema vantagem

Em acréscimo ao dispositivo original do Código Civil italiano que lhe serviu de inspiração, o art. 478 do Código Civil de 2002 elencou como requisito para aplicação da teoria da excessiva onerosidade a extrema vantagem para uma das partes, em contrapartida à excessiva onerosidade para a outra, exigência que tem sido objeto de diversas críticas por parte da doutrina contemporânea.

O requisito da extrema vantagem não se encontra presente na teoria clássica da imprevisão ou mesmo em outras codificações que consagraram o tema, tais como as legislações da Alemanha, França, Argentina e Itália. Também nos sistemas da *common law*, a aplicação de teorias equivalentes em casos de superveniente onerosidade não costuma exigir requisito semelhante, demandando apenas a prova da excessiva onerosidade ou da impossibilidade subjetiva de cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.²⁰⁵ O mesmo se verifica nas regras de direito internacional privado e, mais especificamente, nas normativas mais recentes do direito comunitário europeu.²⁰⁶

Note-se, no entanto, que a exigência do requisito da extrema vantagem reflete antiga orientação doutrinária e jurisprudencial brasileira. Sob a égide do Código Civil de 1916, em

²⁰³ Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 335.

²⁰⁴ Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 159.

²⁰⁵ Antonio Celso Fonseca PUGLIESE, *Teoria da Imprevisão e o novo código civil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 830, dez. 2004, p. 15.

²⁰⁶ Antonio Celso Fonseca PUGLIESE, *Teoria da Imprevisão e o novo código civil*, cit., p. 15: “Também no direito internacional privado (regras do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado – *Unidroit*, para os contratos comerciais internacionais) ou nos recentemente elaborados *Princípios do Direito Contratual Europeu*, que refletem as novas tendências do direito internacional ou do direito comunitário europeu, respectivamente, não é encontrada referência ao requisito da *extrema vantagem* para a parte que não suporta os prejuízos pela alteração imprevisível das circunstâncias contratuais”.

que não havia previsão expressa no ordenamento brasileiro acerca da possibilidade de aplicação da chamada teoria da imprevisão, doutrina e jurisprudência costumavam indicar o requisito da extrema vantagem ou do lucro exagerado como necessário para que se defligrasse a revisão ou a resolução do contrato por onerosidade excessiva. Nessa direção, confira-se a lição de Pontes de Miranda:

“É preciso que, a par da *onerosidade excessiva*, haja, para o credor, lucro inesperado e injustificável conforme o tráfico. Não há limite *a priori* para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há se ser excessivo. A sanção normal é a resilição, salvo se o credor admite o abatimento; ou o abatimento, salvo se o credor prefere a resilição”.²⁰⁷

No mesmo sentido, é a opinião de Antônio Medeiros da Fonseca:

“De nossa parte, pensamos que, quando a superveniência imprevista apenas acarreta para o devedor uma onerosidade maior, mas em nada vem melhorar a situação do credor, que apenas pretende os benefícios esperados e decorrentes do contrato, não haverá iniquidade nenhuma em exigir do primeiro o cumprimento da obrigação livremente assumida, pois o direito, no conflito de interesses a que aquela dá lugar, não tem nenhuma razão para preferir o sacrifício do segundo. A estabilidade das convenções, que é, em verdade, uma necessidade social, não conduz aqui a nenhuma injustiça. (...) Todavia, quando a superveniência imprevista e imprevisível, alterando profundamente o ambiente objetivo anterior, além de acarretar o sacrifício extremo do devedor, constitui para o credor uma fonte de enriquecimento inesperado, será conforme aos ditames da justiça manter a obrigatoriedade do contrato? Não se verificará, assim, um enriquecimento injusto, por ser para o credor decorrente do acaso, enquanto para o devedor é causa de ruína? Porque é necessário reconhecer: não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento; mas a superveniência imprevista. E se é legítimo assegurar coativamente a execução de um direito convencionado, constituirá talvez uma suprema injustiça permitir que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas, à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante”.²⁰⁸

²⁰⁷ Francisco PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 25, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 263.

²⁰⁸ Arnoldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, cit., pp. 23 e ss. Segundo o autor, são três os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão: “(...) a) alteração radical do ambiente objetivo

A jurisprudência anterior à vigência do Código Civil de 2002, inclusive em casos envolvendo relações de consumo, apoiava o posicionamento rigoroso da doutrina majoritária e também exigia que a excessiva onerosidade de uma das partes viesse acompanhada de lucro exagerado ou enriquecimento sem causa da outra. Nesse diapasão, confirmaram-se as seguintes decisões:

“Recurso Especial. Ação revisional. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. Variação cambial. CDC. Teoria da imprevisão. Aplicabilidade. (...) II – Não há como deixar de reconhecer no episódio da forte desvalorização do real frente à moeda norte-americana, ocorrida em janeiro de 1999, evento objetivo e inesperado, a ensejar, com base no art. 6º, V, do CDC, a modificação da cláusula contratual de ordem a evitar locupletamento de um contratante em detrimento do outro. III – Recurso especial não conhecido”.²⁰⁹

“Arrendamento mercantil. Contrato com prestações vinculadas à variação cambial. Revisão. Possibilidade. Violenta desvalorização da moeda do país face à estrangeira adotada, provocando desequilíbrio contratual, elevando de forma desproporcional o preço final do produto. Caracteriza a onerosidade excessiva, em função do enriquecimento indevido de uma das partes em prejuízo da outra. Aplicação da teoria da imprevisão”.²¹⁰

A doutrina atual, no entanto, tece diversas críticas à necessidade de verificação da extrema vantagem – entendida como enriquecimento sem causa ou lucros exagerados da outra parte –, para a configuração da teoria da imprevisão. Afirma-se majoritariamente que a exigência desse requisito acarreta excessiva limitação da aplicação do regime da onerosidade excessiva e impõe – ao sujeito que pretende se valer da teoria – o injustificado ônus processual de comprovar que a contraparte auferiu exagerados benefícios econômicos em razão da

existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista” (Op. cit., p. 236).

²⁰⁹ STJ, REsp 293.864, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 7.3.2002.

²¹⁰ TJRJ, Ap. Civ. 2000.001.19949, 7ª CC, Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos, julg. 24.4.2001.

incidência do evento superveniente, imprevisível e extraordinário. Por todos, confirmam-se as considerações de Antonio Celso Fonseca Pugliese:

“A inserção desse novo requisito pelo NCC, além de romper com a orientação seguida pelos principais ordenamentos jurídicos de todo o mundo, poderá trazer consequências práticas graves para o sistema jurídico brasileiro. Com efeito, a parte lesada por um evento imprevisível tem agora um novo e pesado ônus processual, qual seja o de produzir provas sobre benefícios econômicos auferidos pela outra parte, muitas vezes sem qualquer acesso aos documentos e informações necessários para a identificação desses benefícios. A necessidade de demonstração da *vantagem excessiva* para a parte demandada também tem o efeito de retirar da proteção da teoria da imprevisão grande parte dos casos de desequilíbrios contratuais supervenientes que vinham sendo tutelados pela doutrina e jurisprudência brasileiras, antes da vigência do NCC. Dessa forma, casos típicos de aplicação da teoria da imprevisão, como os contratos de fornecimento de produtos que se tornam inviáveis pela imprevisível indisponibilidade de insumos no mercado, poderão ser afastados da proteção dessa teoria, pois, em princípio, a parte adquirente dos produtos não terá qualquer vantagem excessiva como decorrência dos problemas que afetaram a atividade produtiva da parte fornecedora”.

211

²¹¹ Antonio Celso Fonseca PUGLIESE, *Teoria da Imprevisão e o novo código civil*, cit., pp. 15-16. Em sentido semelhante, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 152: “O projeto do novo Código Civil brasileiro acolheu a resolução por onerosidade excessiva, na esteira da solução italiana. Porém, incluiu entre os seus requisitos, além da extraordinariedade dos acontecimentos imprevisíveis e do ônus excessivo para uma das partes, ainda o da extrema vantagem para a outra, o que limita ainda mais o âmbito de abrangência da cláusula. Os fatos modificativos extraordinários incidem quase sempre igualmente sobre as duas partes, tornando inviável a prestação, sem que disso decorra vantagem para a outra; assim, a guerra, as revoluções, os planos de intervencionismo econômico, etc”. Na mesma direção, v., ainda, crítica de Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 139: “Arrisca-se a afirmar, sem culpa, que a inserção deste novo requisito pelo legislador infraconstitucional, além de romper com a orientação seguida pelos principais ordenamentos jurídicos de todo o mundo, poderá gerar consequências práticas graves para o sistema jurídico brasileiro, levando à inaplicabilidade da teoria da resolução por onerosidade excessiva, caso a doutrina não se apresse a dar aos operadores do direito meios de driblar esta condição, impingindo-lhe conteúdo conforme à atual teoria contratual. (...) Com efeito, a extrema vantagem imputa ao devedor o ônus de comprovar, além da excessiva onerosidade em suas obrigações, o que já é por si bem custoso, que a contraparte foi beneficiada de forma excessiva pelo mesmo evento. Em outras palavras, a parte lesada por um acontecimento superveniente imprevisível tem agora o novo e pesado encargo processual de produzir provas sobre os benefícios econômicos auferidos pela outra parte”. Na mesma linha de críticas, confirmam-se: Gabriela TABET, *Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional*, cit., pp. 364-365; Luís Renato Ferreira DA SILVA, *Do Código Civil ao Código do Consumidor*, cit., pp. 112-113.

As críticas ao requisito da extrema vantagem se mostram tão contundentes que parcela dos autores chega a sugerir sua supressão pelo intérprete na aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos casos concretos.²¹² Nessa direção, na IV Jornada de Direito Civil, ocorrida no ano de 2006, foi aprovado o Enunciado nº. 365, com o seguinte teor:

“A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como um elemento accidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

De fato, se diante do requisito da extrema vantagem for exigido que o devedor afetado pela mudança superveniente das circunstâncias demonstre, além da sua excessiva onerosidade, que a contraparte obteve lucro exagerado, mostram-se certamente pertinentes as preocupações da maior parte da doutrina no que tange às excessivas limitações a que estará sujeita a aplicação da teoria da imprevisão.

No entanto, parece haver um equívoco de perspectiva na avaliação do aludido requisito. A extrema vantagem não deve ser interpretada como uma isolada exigência de demonstração de lucro exagerado da contraparte. Essa afirmação, comum no direito brasileiro, ampara-se, sobretudo, na clássica doutrina de Antônio Medeiros da Fonseca que, como se viu, exigia “lucro inesperado e injusto do credor”, para a aplicação da teoria da imprevisão. Tal requisito, no entanto, conforme esclarece Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso, apenas fazia sentido tendo em vista que, à época em que foi formulado, a legislação brasileira previa disposições que consideravam ilícito o chamado lucro usuário.²¹³ A ideia de uma vantagem patrimonial, entretanto, não significa necessariamente enriquecimento efetivo ou lucros exagerados, mas corresponde a qualquer modificação em um patrimônio, mesmo uma simples mudança material, ainda que provisória.²¹⁴

Estabelecido que a excessiva onerosidade, nos contratos bilaterais, significa a extrema dificuldade superveniente de adimplemento decorrente de uma particular e excepcional

²¹² Defendendo tal entendimento, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Projeto de Código Civil: As Obrigações e os Contratos*, in *Revista do Conselho da Justiça Federal*, 9, disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo6.htm>, acesso em 15.2.2013: “Muito menos se pode exigir para o reconhecimento da onerosidade excessiva que haja uma vantagem para a contraparte, porque a onerosidade excessiva é um mal que cai nas costas de uma delas, independentemente de que a outra se locuplete ou ganhe com isso, poderá ela não ter nenhum benefício em razão da onerosidade que recai sobre apenas uma delas”.

²¹³ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 106.

²¹⁴ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 106-107.

perturbação no equilíbrio originário entre as prestações a cargo das partes (ou seja, na relação sinalagmática entre prestações e contraprestações), a eventual extrema vantagem da contraparte, por sua vez, não pode ser analisada isoladamente, mas apenas com base na análise global da economia do contrato.

A extrema vantagem, dessa forma, não pode ser entendida apenas como um efetivo enriquecimento patrimonial, de dimensões econômicas, e tampouco se apresenta, dogmaticamente, como um pressuposto a ser isoladamente analisado para a revisão ou resolução obrigacional, tendo em vista que o que se encontra sob análise é a equação contratual e o equilíbrio concreto entre as prestações.²¹⁵ Dito por outras palavras, a extrema vantagem, assim como a excessiva onerosidade, somente pode ser verificada a partir do cotejo entre as correspectivas atribuições patrimoniais deduzidas na relação contratual.

Compreendida dessa forma, a extrema vantagem frequentemente nada mais será do que a consequência automática da onerosidade excessiva. A essência da questão é o desequilíbrio econômico do contrato, que se revela como uma onerosidade excessiva para um dos lados da relação contratual e como extrema vantagem para outro.²¹⁶ A rigor, a exigência do legislador de demonstração concomitante de onerosidade excessiva para uma das partes e extrema vantagem para outra apenas deixa claro que o principal objetivo do regime da excessiva onerosidade previsto no artigo 478 do Código Civil é a proteção do liame existente entre prestação e contraprestação, ou seja, do equilíbrio contratual.²¹⁷

Eloquente, nesse ponto, para simbolizar a relação de equilíbrio originário entre prestação e contraprestação nos contratos bilaterais – e, portanto, da própria posição das partes do contrato – é a figura da balança grega: se um maior peso for alocado em dos pratos da

²¹⁵ Nessa direção: “A lei acrescenta, em terceiro lugar, que à excessiva onerosidade da prestação seja correlata a ‘*extrema* vantagem’ da outra parte. O requisito tem sido muito criticado, mas é compreensível na medida em que o fundamento da revisão e resolução por onerosidade excessiva é justamente o desequilíbrio entre as prestações, isto é, a perda da reciprocidade entre elas. E este desequilíbrio é sem dúvida mais evidente quando há, de um lado, onerosidade excessiva, e, de outro, vantagem extrema” (Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 215 [nota do atualizador]). V. tb.: Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 147.

²¹⁶ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 107-111.

²¹⁷ Em sentido semelhante, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “Civil e Processual civil. Revisão contratual. Alienação fiduciária. Onerosidade excessiva. Não configuração. Juros remuneratórios. Redução. Inviabilidade. Cláusula contratual que estipula o vencimento antecipado. Decreto lei 911/69. Capitalização mensal de juros e tabela *price*. Licitude da cobrança nos ajustes celebrados após 31.03.2000, desde que pactuada. Comissão de permanência. Ausência de previsão contratual. (...) A configuração da onerosidade excessiva pressupõe causa superveniente imprevisível, que culmine em efetiva desproporção entre a prestação e a contraprestação e, em consequência, ocasione desmerecida vantagem não estipulada inicialmente na avença (...)” (TJDF, Ap. Cív. 20120910075034, 4ª T., Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, julg. 9.1.2013).

balança, o outro certamente não se manterá imóvel.²¹⁸ A extrema vantagem, assim como um dos pratos da balança, demonstra ou evidencia o desequilíbrio da relação.

Assim sendo, na grande maioria das hipóteses envolvendo contratos sinalagmáticos, a extrema vantagem consistirá na circunstância de a brusca alteração da proporcionalidade entre as prestações ficar a cargo exclusivamente de uma das partes, protegendo a outra de quaisquer mudanças no cenário, por mais drásticas e graves que sejam. Em tais circunstâncias, a manutenção do vínculo contratual representa, por si só, uma circunstância extremamente vantajosa para a contraparte, pois qualquer avença da mesma natureza, celebrada no novo contexto, jamais alcançaria aqueles termos.²¹⁹ A prescindibilidade do requisito da extrema vantagem é corroborada, ainda, pelo art. 317 do Código Civil, que não exige tal pressuposto para a aplicação dos remédios da onerosidade excessiva.

Em termos práticos, a interpretação aqui defendida do requisito da extrema vantagem importa na inversão do ônus da prova nas situações envolvendo aplicação da teoria da imprevisão. Não se exige do devedor afetado pela excessiva onerosidade que demonstre que o credor auferiu lucros exorbitantes em razão da incidência do evento superveniente, mas o credor

²¹⁸ A imagem foi sugerida por Judith MARTINS-COSTA, que complementa: “Todavia, é de ser lembrado que são poucos os casos, nos contratos comutativos, em que o excessivo ônus para uma das partes não corresponde a uma vantagem para a outra. A equação está no equilíbrio, e como indica a figura da balança grega, se colocarmos maior peso num dos pratos, o outro certamente não restará imóvel” (Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 160).

²¹⁹ Nesse mesmo sentido, cf.: “Considerando que o requisito [extrema vantagem], embora impróprio, consta no art. 478, pode-se interpretar essa exigência da seguinte forma: poderia o contratante que não é prejudicado (credor) pela onerosidade excessiva conseguir realizar no mercado um contrato nas mesmas condições? Se não conseguir celebrar o contrato em questão naqueles termos, isso poderá ser um indício da extrema vantagem que estará recebendo em detrimento da outra parte contratante” (Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 142). V. tb. Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit. p. 107: “Se uma das partes arcar sozinha com o aumento do custo do desequilíbrio contratual em consequência do fato superveniente (extraordinário e imprevisível, como se examinará), a outra estará recebendo uma vantagem. Por outro lado, se a outra parte sofrer também na sua prestação um aumento de custo com o fato superveniente, por qual razão haveria de submeter-se a um reajuste em favor do outro contratante?”. Essa interpretação também é proposta por Nelly POTTER: “Em verdade, a melhor forma de se buscar mitigar esta exigência tornando-a conforme os ditames do ordenamento, a nosso sentir, é considerar que em situações de graves alterações conjunturais, em que o equilíbrio funcional do negócio jurídico é partido, a manutenção *tout court* do contrato já representaria, por si só, extrema vantagem para o credor, pois certamente ele não teria celebrado um contrato com tais termos se as condições fossem outras. (...) Assim, pode-se dizer que com a alteração do cenário econômico do contrato em vista de circunstâncias supervenientes, extraordinárias e imprevisíveis, não se conseguiria celebrar o que pelo vínculo já se firmou, de modo que a própria existência e manutenção da avença naquelas condições já constituem situação de extrema vantagem. Nesta vereda, resta claro que a conservação e permanência do contrato nas mesmas bases iniciais são, em si, um excelente negócio, extremamente vantajoso, na medida em que qualquer obrigação com a mesma natureza, em vista do novo contexto, jamais seria celebrada com aqueles termos” (Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., pp. 148-149). Antônio Junqueira DE AZEVEDO também expressa posição semelhante segundo a qual, na hipótese de um determinado fato superveniente que tenha gerado significativas e onerosas alterações nas circunstâncias contratuais, a parte que se livre dessas consequências estará já recebendo, por essa razão, uma extrema vantagem: Antônio Junqueira DE AZEVEDO, *Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato*, in *Novos Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 362.

possui o ônus de provar que o evento superveniente o afetou de igual forma, a ponto de anular o suposto desequilíbrio da relação original. Não há justificativa para a revisão ou resolução de um contrato em razão de aplicação da teoria da imprevisão na hipótese de o evento superveniente incidir por igual em ambos os contratantes, onerando de igual forma as posições contratuais tanto do credor como do devedor, hipótese em que não se poderá cogitar de desequilíbrio entre as prestações.

Em sentido semelhante é a interpretação proposta por Julio Alberto Díaz:

“O texto do novo Código Civil foi metuculoso ao exigir que a excessiva onerosidade para uma das partes deve significar, necessariamente, extrema vantagem para a outra. Evidentemente, quis o codificador eliminar a possibilidade de resolução quando os efeitos do acontecimento extraordinário e imprevisível incidissem por igual em ambos os contratantes, tirando parte das vantagens previstas tanto do devedor quanto do credor”.²²⁰

Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso apresenta o seguinte exemplo de hipótese em que haveria aparente onerosidade excessiva sem extrema vantagem para a outra parte da relação contratual: celebração de um contrato de empreitada mista, com previsão de reajuste de acordo com a variação dos índices de preço de materiais da construção civil. Caso houvesse um aumento brutal em tal indexador, a prestação do dono da obra ficaria mais custosa. Contudo, esse aumento seria, em tese, sofrido também pelo construtor encarregado da compra dos materiais, bem como restaria incorporado no valor de mercado da obra pronta. Em tal caso, tendo ambas as partes sido igualmente afetadas pelo evento imprevisível extraordinário, não se pode falar em desequilíbrio da relação contratual originária, razão pela qual eventual pedido de resolução ou revisão do contrato deverá ser negado.²²¹

2.5. Não imputabilidade da alteração superveniente ao devedor que a invoca

É de se destacar, ainda, que para aplicação dos remédios legais da teoria da imprevisão a superveniente excessiva onerosidade da relação contratual não pode ser imputável à conduta

²²⁰ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 208.

²²¹ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit. p. 111.

de um dos contratantes.²²² A imputabilidade da alteração superveniente ao devedor que a alega consiste, assim, em um requisito negativo de aplicação da teoria da excessiva onerosidade. Em razão disso, diversas vozes na doutrina sustentam que um comportamento imputável ao devedor que alega a excessiva onerosidade impossibilita a aplicação dos remédios legais, seja nas hipóteses do devedor ter contribuído para a verificação do resultado da excessiva onerosidade seja na hipótese de se encontrar em mora no momento da incidência do evento imprevisível.

Embora tal requisito não se encontre expressamente previsto nos artigos do Código Civil que tratam da excessiva onerosidade, entende-se majoritariamente que se trata de uma decorrência lógica do princípio da boa-fé objetiva²²³ ou, ainda, do princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.²²⁴

2.5.1 Necessidade de relação direta de causalidade entre o evento imprevisível e extraordinário e a excessiva onerosidade da prestação

Nenhuma das partes da relação contratual pode se favorecer de uma alteração da economia originária do contrato a ela imputável. Nesse caso, haveria clara interrupção do nexo de causalidade entre o evento e a excessiva onerosidade da prestação, de forma a impedir a aplicação dos remédios previstos pela lei para a teoria da imprevisão.

A doutrina tem entendido que tal imputabilidade da conduta do devedor pode se referir: (i) à verificação do evento causador da excessiva onerosidade; ou (ii) à incidência de tal evento sobre a excessiva onerosidade da relação contratual, ou seja, ao nexo de causalidade entre o

²²² “Para que haja a resolução ou a revisão do contrato é indispensável a existência concomitante do fato extraordinário e imprevisível e, como já foi afirmado, não pode ter a participação do contratante. Um só dos fatos não é suficiente para que o contrato seja resolvido ou revisto. O acontecimento imprevisível e extraordinário deve ter relação de causa e efeito com a excessiva onerosidade, deve ser o fator primeiro que motiva a resolução. Causa secundária não pode ensejar a revisão, nem a extinção do contrato” (Antônio Jeová SANTOS, *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*, São Paulo: Método, 2002, p. 241).

²²³ Antonio Junqueira DE AZEVEDO, *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentada para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, cit., p. 191, o qual aduz que admitir que o contratante em mora requeira a revisão contratual no caso de excessiva onerosidade superveniente seria afastar o princípio da boa-fé objetiva, que proíbe o chamado *venire contra factum proprium*.

²²⁴ Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 85; Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 214. Em sentido semelhante: “Resulta evidente o fundamento de tal regime, de resto, em geral assinalado pela doutrina: B [devedor em mora] não poderia tirar proveito de seu próprio comportamento faltoso, que é, em si mesmo, um acto ilícito; para além disso, se não tivesse havido mora, mas cumprimento atempado da prestação, esta não teria sido atingida pela alteração” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 292). V. tb. Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 37-38: “La regola non è scritta del codice, ma si ricava agevolmente in via di interpretazione, in ragione del principio, costantemente applicato dalla giurisprudenza, secondo il quale la risoluzione per eccessiva onerosità non può essere invocata dalla parte ‘alla cui inerzia è dovuto il vano decorso del tempo, onde è derivata la dedotta eccessiva onerosità’, così che le conseguenze dell’inadempimento devono essere subite e sopportate da chi è reso inadempiente”.

acontecimento imprevisível e extraordinário (causa) e a excessiva onerosidade da prestação (efeito).²²⁵

Em ambos os casos, a imputabilidade da conduta do devedor pode revestir a forma de ação ou de omissão.²²⁶ Por tal razão, sustenta-se que a excessiva onerosidade será considerada imputável a uma conduta do devedor nas seguintes hipóteses: (i) quando a parte provoca a verificação do evento causador da excessiva onerosidade ou, sendo possível, não a evita; ou (ii) quando, por comportamento a ela imputável, determina a incidência desse fato sobre a relação contratual ou, podendo fazê-lo, não evita a incidência do evento sobre a economia do contrato.²²⁷

Com base nessas considerações, é possível se afirmar que, para a resolução ou revisão do contrato por onerosidade excessiva superveniente, é preciso que, entre o evento imprevisível e extraordinário e a excessiva onerosidade da prestação exista uma relação direta de causalidade.²²⁸

²²⁵ Angelo DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., p. 122: “Innanzitutto, occorre precisare che cosa debba essere imputabile o non imputabile. Il concetto di ‘imputabilità’ può, infatti riferirsi: a) *al verificarsi degli avvenimenti*, costituendo la causa della eccessiva onerosità; b) *alla incidenza di tali avvenimenti sulla onerosità del contratto*, e cioè al nesso di causalità fra gli avvenimenti stessi (causa) e l'eccessiva onerosità della prestazione (effetto). Ambedue tali aspetti debbono essere presi in considerazione, essendo evidente la possibilità di riferire l'imputabilità tanto alla causa, quanto all'effetto, come del resto alla causa determinante e alla sua incidenza sulla possibilità della prestazione si riferisce l'imputabilità dell'art. 1256 C.C.”. No mesmo sentido: Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 36-37. Nem todos os autores, no entanto, tem entendido que a ‘imputabilidade’ pode se referir a ambos os aspectos citados, havendo autores que limitam a questão da ‘imputabilidade’ à responsabilidade pela verificação do evento imprevisível e extraordinário (v. Carlo BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, cit., p. 74) enquanto outros a limitam à responsabilidade pelo nexo de causalidade entre o evento e a onerosidade da prestação (v. MOSCO, *Onerosità e gratuita degli atti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1942, p. 242).

²²⁶ Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 83: “Quer dizer, o concurso da parte na determinação da alteração da economia contratual pode respeitar à respectiva causa em si ou ao nexo de causalidade que a une àquele efeito, podendo, tanto num caso como no outro, revestir a forma de acção ou a de omissão”.

²²⁷ “Para que se possa invocar a imprevisão deve ainda verificar-se outro requisito: a alteração de circunstâncias não deve ser imputável à parte que dela se quer prevalecer. Efectivamente, seria inadmissível que se desse ao contraente o direito de invocar em seu benefício a maior onerosidade ou dificuldade da prestação que ele tivesse causado, ou que não tivesse evitado, podendo fazê-lo. A responsabilidade do contraente pela alteração pode respeitar tanto à causa da sua verificação, como à produção do nexo de causalidade entre a alteração e contrato. Isto é, o contraente não pode valer-se da imprevisão, quer quando tenha colocado a causa que provocou a modificação do condicionalismo existente à data do contrato, quer quando não tenha evitado, podendo e devendo fazê-lo, que a modificação verificada exercesse influência no contrato” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 109).

²²⁸ “Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che un comportamento imputabile al debitore sia idoneo ad escludere l'applicabilità dei rimedi dell'onerosità, non solo quando il debitore non abbia previsto per negligenza un avvenimento prevedibile, oppure abbia risentito della sopravvenuta onerosità per essersi posto in stato di inadempimento, ma anche quando abbia aggravato la propria condizione debitoria contribuendo così alla determinazione dell'eccessiva onerosità. È possibile di conseguenza affermare, in positivo, che tra l'imprevedibilità e straordinarietà dell'evento e l'eccessiva onerosità deve sussistere un rapporto di causalità diretta (Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 133-134). No mesmo sentido: D. RUBINO, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 727. Na jurisprudência, cf. a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que indeferiu pedido de resolução do contrato por onerosidade excessiva por entender que a crise econômica mundial do ano 2008, embora evento em si imprevisível, não

Note-se, no entanto que, conforme sustentam Angelo de Martini e Rocha de Gouveia, a aferição de tal nexos de causalidade varia entre as hipóteses de eventos gerais (que atinjam a generalidade dos contratantes) e eventos específicos (que possuem escopo limitado ao contrato celebrado no caso concreto ou a um grupo específico de relações contratuais). Quando o evento imprevisível e extraordinário for específico, tendo sua incidência circunscrita ao contrato celebrado entre as partes, é possível se afirmar que o nexos direto de causalidade se apresenta como *in re ipsa* e, portanto, não há necessidade comprová-lo. Tratando-se, no entanto, de evento geral, cumpre à parte atingida pela excessiva onerosidade comprovar que entre tal evento e a superveniente onerosidade da prestação existe um nexos direto de causalidade.²²⁹

2.5.2 Impossibilidade da parte inadimplente ou em mora se valer da teoria da excessiva onerosidade

Na mesma linha de raciocínio, afirma-se, ainda, que, para a aplicação da onerosidade excessiva é preciso que a parte que a alega não esteja inadimplente ou em mora quando sobrevém o fato superveniente.²³⁰ Se a parte estiver em mora ou inadimplente, a superveniência de acontecimento que acarrete desequilíbrio contratual em seu desfavor não a exonera do

consistiu na causa direta da excessiva onerosidade do contratante: “Embargos a execução. Cédula de crédito bancário. 1. Título executivo extrajudicial. Reconhecimento (Súmula 14 do TJSP). Exegese da Lei 10.931.2004. 2. Juros conforme as taxas de mercado. Abusividade inexistente. 3. Crise econômica americana de meados de 2008. Irradiação de efeitos de abrangência internacional. Inocorrência de causa, entretanto, para flexibilização contratual, nem para utilização da teoria da imprevisão. Mitigação da crise pelas políticas econômicas nacionais. Empresa devedora que se acha em crise pontual exclusiva. Ausência, ademais, de prova hábil de favorecimento do credor. 4. Nas cédulas de crédito bancário, a Lei nº 10.931, de 02.08.2004, permite expressamente a capitalização de juros, que no caso, além de tudo, foi pactuada 5. Comissão de permanência. Possibilidade da cobrança, mormente quando se mostra até menor que as taxas praticadas para o período de normalidade. 6. Honorários de advogado. Rebaixamento. Impossibilidade. Arbitramento por equidade que, na hipótese em apreço, se revela condigno e proporcional ao trabalho, valor e importância da causa. Embargos rejeitados. Recurso não provido. (...) *No caso dos autos, ao que se vê, o inadimplemento da obrigação da autora pode até ter sido influenciado pela citada crise. Porém, não se pode atribuir ao fato o caráter preponderante dessa inadimplência, mas sim a circunstância crítica própria da executada que, ao que tudo indica, encontrava-se na extrema dependência de capital financiado*” (TJSP, Ap. Cív. 0166687-75.2011.8.26.0100, 11ª CDPri, Rel. Des. Gilberto dos Santos, julg. 29.11.2012, grifou-se).

²²⁹ “Quando l’avvenimento abbia una portata circoscritta al contratto, può affermarsi che tal ‘diretta incidenza’ sia *in re ipsa*, trattandosi di vicenda, evento, idoneo, per la sua natura specifica, a influire sull’economia del contratto. Quando, invece, si tratti di avvenimento di portata generale, attinente eventualmente addirittura alla vita della Nazione, *ocorre provare il nesso di causalità che lo lega all’onerarsi della posizione d’uno dei contraenti*, no potendo ritenersi *in re ipsa* la sua incidenza su tal onerarsi” (Angelo DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, cit., pp. 62-63). Na mesma direção: “A distinção entre factos de alcance geral e factos de alcance particular só deve interessar para prova do nexos de causalidade que os une à alteração da economia originária do contrato: quando o facto tem um alcance circunscrito ao contrato, tratando-se de um evento, pela sua natureza específica, idôneo para influir sobre a economia desta, tal nexos de causalidade está *in re ipsa*; se se trata de facto de alcance geral, respeitante eventualmente a toda a vida da Nação, é necessário provar o nexos de causalidade que o liga à alteração da economia originária do contrato, o qual não pode considerar-se resultante da própria natureza das coisas” (Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 66).

²³⁰ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 214.

cumprimento do avençado.²³¹ A mora do devedor é entendida, nesse sentido, como espécie de imputabilidade indireta da conduta da parte para a verificação da excessiva onerosidade tendo em vista que se o devedor tivesse cumprido sua obrigação no vencimento, o credor teria recebido a prestação tal como estipulada.²³²

A doutrina fundamenta tal entendimento em analogia feita com o artigo 399 do Código Civil, que, ao consagrar a chamada *perpetuação da obrigação*,²³³ estabelece que o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação inclusive nas hipóteses de caso fortuito e força maior.²³⁴ Sustenta-se que se o devedor em mora arca inclusive com os riscos do caso fortuito e força maior, que ocasionam impossibilidade absoluta de cumprimento da prestação, não há razão para que seja exonerado do risco da excessiva onerosidade, o qual, em relação à impossibilidade absoluta, constitui uma situação menos grave.²³⁵

Além disso, conforme destaca Gustavo Tepedino, o requisito da ausência de mora nada mais é do que imediata consequência do princípio que preside todos os contratos bilaterais,

²³¹ “Resta, finalmente, dizer que a resolução por excessiva onerosidade não pode ser invocada pelo contratante que se encontrava *em mora* (por ter atrasado o cumprimento para além do devido) no momento em que aquela se manifestou. É uma consequência do princípio geral, segundo o qual o devedor em mora suporta todos os riscos que se concretizam no período da mora” (Enzo ROPPO, *O contrato*, cit., p. 156).

²³² Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 88. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado, que bem ilustra a questão: “Consórcio para aquisição de veículo. Contrato em moeda estrangeira. Inadimplência do devedor. Impossibilidade da apreciação. Compra e venda do veículo. Consórcio. Cláusula que vincula o contrato à moeda estrangeira. Decisão da assembleia que permite um elenco de hipóteses a impedir o desequilíbrio contratual diante de inadimplência anterior à alta da moeda. A inadimplência anterior à alta da moeda demonstra a inexistência de condições a ensejar o reconhecimento do desequilíbrio contratual e em consequência a aplicação da teoria da imprevisão (...)” (TJRJ, Ap. Civ. 2000.001.13081, 14ª CC, Rel. Des. Walter D’Agostinho, julg. 10.4.2001).

²³³ “A primeira parte do art. 399 consagra a *perpetuação da obrigação* do devedor que está em mora. Em regra, o caso fortuito e a força maior resolvem a obrigação (v. comentário ao art. 393). Todavia, se o devedor incide em mora, passará, a partir daí, a responder pelos riscos da coisa. Ou seja, se a coisa perecer após o início da mora do devedor, a obrigação não se resolverá e o devedor ficará responsável pela impossibilidade da prestação (Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 726).

²³⁴ Art. 399 do Código Civil: “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”.

²³⁵ É o que sustenta, por exemplo, Angelo DE MARTINI: “(...) a) la vera e propria *constituzione in mora*, ponendo a carico del debitore anche il rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione (articolo 1221 c. c.), *a fortiori* pone a suo carico le sopravvenienze di eccessiva onerosità della medesima; e pertanto non può il contraente in mora avvalersi della facoltà di risoluzione contemplata dall’art. 1.467 c.c. per le ‘sopravvenienze’ successive alla costituzione in mora” (Angelo DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, cit., p. 86). No mesmo sentido: “L’applicabilità del rimedio risolutorio necessita che la sopravvenienza onerosa non sia successiva all’inadempimento o alla mora: si ritiene infatti che l’onerosità non possa essere invocata né dal contraente che sia già inadempiente nel momento in cui si verifica l’evento invocato quale causa dell’onerosità, né dalla parte già costituita in mora, per l’ovvia ragione che, essendo posto a carico dell’inadempiente il rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione, deve ritenersi *a fortiori* che sia a carico del medesimo la sopravvenuta onerosità che, rispetto all’ipotesi dell’impossibilità della prestazione, costituisce una situazione meno grave” (Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 209-210). V. tb.: Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 157. Em sentido contrário: Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., pp. 84 e 85, que sustenta que tal raciocínio não seria legítimo porque, enquanto a impossibilidade da prestação seria um ato ilícito, o mesmo não se pode falar da mera onerosidade superveniente.

segundo o qual, havendo nessas espécies de contrato dependência recíproca entre as prestações, nenhum dos contraentes pode exigir o cumprimento da obrigação do outro, sem que antes tenha cumprido sua própria obrigação (*exceptio non adimpleti contractus*).²³⁶

Note-se que a análise da ocorrência da mora deve ser feita no momento em que sobrevém o fato que desequilibra a economia contratual, de modo que se a parte incorre em mora justamente por força da excessiva onerosidade advinda do evento superveniente, não se exclui a incidência da teoria da imprevisão. Por outras palavras, se o contratante encontrava-se em mora quando da superveniência do acontecimento que gerou a excessiva onerosidade, não pode se valer de tal instituto. Se, todavia, quando ocorreu referido acontecimento a parte não se encontrava em mora e posteriormente incorre neste estado justamente por força da excessiva onerosidade decorrente do fato posterior, pode ela se valer da teoria da imprevisão.²³⁷ Tal possibilidade de se valer dos remédios da excessiva onerosidade, no entanto, não produz o efeito de liberar o devedor dos deveres secundários de conduta decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, entre os quais o de avisar tempestivamente o credor da superveniente dificuldade de cumprimento, para que este possa, inclusive, se oferecer a modificar as condições contratuais.²³⁸

Alguns autores atribuem diferentes consequências aos casos de simples atraso culpável na execução da prestação e às hipóteses em que o devedor foi formalmente constituído em mora pelo credor. É o caso, por exemplo, de Angelo de Martini, que entende que apenas o devedor *constituído em mora* seria impossibilitado de se valer da excessiva onerosidade. A parte que, muito embora tenha atrasado o cumprimento de sua obrigação, deixou de ser constituída em mora pelo credor poderia invocar os remédios da excessiva onerosidade, mas seria obrigada a responder pelas perdas e danos decorrentes de seu atraso na execução da prestação.²³⁹ Segundo

²³⁶ Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento Firmados à Época do chamado Plano Cruzado*, cit., p. 79.

²³⁷ “Importa distinguir se a alteração da economia do contrato se verifica antes ou depois da constituição em mora. Na prática é frequente que o devedor, cuja prestação se torna excessiva onerosa, ao chegar ao momento do cumprimento não o efetue. Então, a alteração da economia do contrato resulta de fatos verificados anteriormente à constituição em mora, ao fato ilícito do atraso na realização da prestação, pelo que deve entender-se poder o devedor invocá-la, designadamente de frente ao pedido de pagamento judicialmente formulado pelo credor” (Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 83). No mesmo sentido, Gabriela TABET, *Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional*, cit., pp. 366-367: “A inexistência de mora do devedor deve ser aferida no momento da superveniência do fato que acarretou a alteração das condições econômicas do contrato e não quando da propositura da ação visando a revisão ou resolução da obrigação (...). Ao contrário, se a mora sobreveio ao fato, decorrendo dele, é óbvio que assiste ao contratante o direito de recorrer ao judiciário buscando a revisão ou resolução contratual”. V., ainda, Angelo DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., p. 86 e José de Oliveira ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, cit., pp. 113-114, que afirma ser necessário distinguir as hipóteses em que a mora contribui como causa do desequilíbrio do contrato das hipóteses em que a mora é consequência da excessiva onerosidade da relação contratual.

²³⁸ Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., pp. 159-160.

²³⁹ “(...) ho distinto il *semplice ritardo colpevole* dalla formale *costituzione in mora*, e segnalato il modo diverso nel quale tali due situazioni reagiscono sull'azione contemplata dall'art. 1467, la prima attraverso il riflesso della

o mencionado autor, a constituição em mora consiste em circunstância mais específica e intensa que o mero atraso. A constituição em mora seria um atraso *qualificado*, tanto em sua substância quanto em sua forma e, por essa razão, ambas as hipóteses estariam sujeitas a consequências jurídicas diversas.²⁴⁰

A doutrina majoritária, no entanto, entende corretamente que a pretensão de revisão ou resolução do contrato se encontra impossibilitada não apenas quando tenha havido uma formal constituição em mora do devedor, mas também nos casos de simples atraso culpável na execução da prestação. Em ambas as hipóteses, a conduta culposa do devedor haverá contribuído para a verificação da excessiva onerosidade, razão pela qual se exclui do devedor inadimplente, mesmo daquele ainda não formalmente constituído em mora, a possibilidade de se valer dos remédios da teoria da onerosidade excessiva.²⁴¹

Discute-se, ainda, se o devedor em mora pode invocar a excessiva onerosidade se demonstrar que o mesmo resultado se verificaria se a obrigação fosse oportunamente desempenhada, nos termos da última parte do artigo 399 do Código Civil. Trata-se de tese defendida por determinados autores²⁴² mas criticada por diversos outros que sustentam que a *ratio* da exceção prevista no artigo 399 para os casos de impossibilidade absoluta da prestação não se verifica nas hipóteses de excessiva onerosidade.²⁴³

O legislador, ao isentar o devedor em mora pelos riscos do fortuito na hipótese em que se demonstrar que dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse tempestivamente adimplida,

responsabilità per danni e la seconda attraverso lo spostamento sul debitore del rischio per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione" (Angelo DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., p. 93).

²⁴⁰ "La costituzione in mora è, dunque, qualcosa di *più specifico*, di *più intenso* del semplice 'ritardo': *qualificato*, nella sostanza o nella forma. Ed ad essa si riallacciano, perciò, effetti *più specifici* e *più intensi*. Poichè è un 'ritardo', l'effetto del risarcimento del danno contemplato dall'art. 1218, comune ad ogni caso di ritardo, non può mancare" (Angelo DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., p. 93).

²⁴¹ Nessa direção, Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 210: "Dovendo il fatto causativo dell'onerosità spiegare i suoi effetti prima della scadenza del termine di adempimento, può ragionevolmente prospettarsi che la domanda di risoluzione sia preclusa non solo da una formale costituzione in mora, ma anche dal semplice ritardo nell'esecuzione rispetto al termine (anche non essenziale) convenuto, purché sia stata formulata una qualsivoglia richiesta di adempimento, di cui, in assenza di um patto sulla forma, può essere data la prova anche con testimoni". No mesmo sentido: Aldo BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, cit., p. 140.

²⁴² Cf. Angelo DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, cit., pp. 97-103; José de Oliveira ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, cit., p. 114, que traz os seguintes exemplos para ilustrar tal situação: "Imaginemos que uma empresa se obriga à reparação dum navio. Atrasa-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera. Já no período de mora, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. É nestes casos que a parte em falta não poderá prevalecer-se da alteração das circunstâncias. Não porém no caso de, numa dívida a ser paga em prestações, se atrasar numa delas, quando ainda faltam outras, pelo que de toda maneira o contrato seria atingido por aquela alteração das circunstâncias".

²⁴³ Manifestando tal posicionamento contrário, é possível citar os seguintes autores: Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., pp. 111-112; Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., pp. 88-89, nota 111.

levou em consideração o fato de o credor se manter na mesma situação que ficaria se tivesse havido o pagamento pontual, o que não ocorre nos casos de excessiva onerosidade. Nas hipóteses abrangidas pela parte final do art. 399 relativas ao caso fortuito ou força maior, o credor se veria, de qualquer forma, privado do bem, não havendo portanto qualquer prejuízo.

Isso não ocorre, no entanto, nos casos de excessiva onerosidade superveniente da prestação. Nessas hipóteses, o adimplemento correto e pontual da prestação teria simplesmente o condão de evitar a configuração da excessiva onerosidade, já que, no momento da incidência do evento superveniente, a prestação contratual já se encontraria inserida no patrimônio do credor. Nessa mesma direção, confira-se o preciso entendimento de Rocha de Gouveia no âmbito do direito português, mas em tudo aplicável ao direito brasileiro:

“De Martini sustenta que o devedor, tal como pode invocar a impossibilidade objetiva, fortuitamente sobrevinda durante a sua mora, que se tivesse igualmente verificado se o objecto da prestação estivesse em poder do credor, por ter havido pagamento pontual (cfr. art.^{os} 496º e 1.731º do Código Civil), pode também invocar a excessiva onerosidade nas mesmas condições. Esta opinião afigura-se insustentável, visto o que leva a Lei a não permitir ao credor exigir do devedor o valor da coisa, total ou parcialmente perdida durante a mora deste, se essa mesma perda se tivesse verificado estando a coisa na posse dele, ser a consideração de que ele, credor, fica na mesma situação que ficaria se tivesse havido pagamento pontual. Ora, se se liberta o devedor do aumento excessivo de valor da coisa, verificado durante a sua mora, o credor não fica na mesma situação que ficaria se tivesse havido pagamento pontual, pois, então, teria beneficiado de um enriquecimento, o qual é excluído por essa liberação do devedor”.²⁴⁴

Por tais razões, há que se concluir pela inaplicabilidade da exceção prevista na última parte do artigo 399 do Código Civil aos casos de excessiva onerosidade superveniente da prestação.

²⁴⁴ Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., pp. 88-89, nota 111.

3. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA EXCESSIVA ONEROSIDADE

3.1. Aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade aos contratos bilaterais.

O instituto da excessiva onerosidade tem como principal campo de aplicação os contratos bilaterais ou de prestações correspectivas, os quais têm como característica essencial a existência de interdependência funcional (também chamada de nexo de correspectividade ou nexo de sinalgmaticidade) entre as obrigações de credor e devedor.²⁴⁵ Dito por outras palavras, os contratos de prestações correspectivas são aqueles nos quais as prestações de ambas as partes se encontram indissolúvelmente vinculadas entre si, de modo que a prestação seja a razão jurídica (causa) da contraprestação.²⁴⁶

Mostra-se, portanto, equivocada a caracterização da bilateralidade do contrato pela mera constatação de existirem obrigações para ambas as partes da relação contratual.²⁴⁷ A partir de uma perspectiva dinâmica do direito obrigacional, toda relação contratual deve ser entendida como complexa, não havendo contrato que não implique em deveres para ambas as partes.²⁴⁸

O que qualifica um contrato como bilateral, dessa forma, não é a presença de obrigações reciprocamente atribuídas a ambas as partes, mas a existência de relação de correspectividade entre estas, de modo que uma obrigação seja a razão jurídica da outra. Tal relação de correspectividade (interdependência) existente entre as prestações dos contratos bilaterais é chamada de sinalagma, razão pela qual a qualificação “contrato bilateral” deve ser compreendida como sinônimo da qualificação “contrato sinalgmático”.

Conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, para a qualificação de um contrato como bilateral importa indagar se entre as obrigações principais do contrato existe nexo de

²⁴⁵ É possível encontrar, na literatura especializada, o termo “bilateralidade” utilizado para designar três diferentes noções: na classificação dos negócios jurídicos quanto à sua formação (sendo o contrato necessariamente um negócio jurídico bilateral, que exige o acordo de duas ou mais vontades para a sua formação) e na classificação quanto aos seus efeitos, onde se desdobra quanto às obrigações e quanto às prestações. A bilateralidade quanto às obrigações significa que no contrato, existem obrigações para ambas as partes. A bilateralidade quanto às prestações significa que entre as obrigações contratuais existe um nexo de correspectividade (ou sinalgmaticidade), uma interdependência funcional entre as obrigações no sentido de que uma seja a causa da outra. No presente trabalho, o termo “bilateralidade” deve ser entendido no último sentido utilizado, ou seja, caracteriza-se pela existência de relação de correspectividade entre as obrigações contratuais.

²⁴⁶ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 50.

²⁴⁷ Maria Celina Bodin de MORAES, *A Causa dos Contratos*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21, Rio de Janeiro: Padma, jan-mar. 2005, pp. 112 e ss.

²⁴⁸ “De fato, de todo e qualquer contrato surgem efeitos, vínculos jurídicos para as partes, além dos deveres gerais de boa-fé, de diligência e de cooperação. No contrato de comodato, por exemplo, não obstante a corrente afirmação de que gera obrigações somente para o comodatário, incumbe ao comodante, entre outras, a obrigação de não retirar a coisa comodada antes do tempo previsto, de reembolsar as despesas extraordinárias e urgentes, de indenizar os prejuízos” (Maria Celina Bodin de MORAES, *O procedimento de qualificação dos contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 309, Rio de Janeiro: Forense, pp. 40-41).

causalidade ou de funcionalidade, ou seja, deve-se aferir se uma das obrigações consiste em razão jurídica da outra.²⁴⁹ Dito diversamente, nos contratos bilaterais, uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações.²⁵⁰

Tratando-se da principal e mais comum hipótese de incidência do instituto da excessiva onerosidade superveniente, se aplicam aos contratos bilaterais todas as considerações feitas nos capítulos 2 e 4 do presente trabalho, relativas aos requisitos e aos efeitos da teoria da excessiva onerosidade.

3.2. Aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade aos contratos unilaterais.

O instituto da excessiva onerosidade excessiva, no entanto, se aplica não somente a contratos bilaterais ou sinalagmáticos, mas também aos contratos unilaterais, nos quais inexistente relação de corresponsabilidade entre as obrigações de credor e devedor.

Os contratos unilaterais distinguem-se dos bilaterais pela ausência de sinalagma entre as prestações das partes. Não se deve confundir gratuidade com unilateralidade, com se aquela implicasse esta, com a consequente exclusão da onerosidade dos contratos unilaterais.²⁵¹ Os contratos unilaterais consistem naqueles cujas prestações das partes não se encontram em relação de interdependência funcional, ou seja, não há sinalagma. Isso não significa, no entanto, que não existam contratos unilaterais onerosos, como pode ser o caso do contrato de mandato, o qual, mesmo quando celebrado na modalidade onerosa, não deixa de ser qualificado como contrato unilateral, não havendo nessa hipótese nexo de interdependência entre prestação e contraprestação.²⁵²

No que tange à possibilidade de aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos unilaterais, o Código Civil, embora de forma atécnicamente, confundido contrato unilateral

²⁴⁹ Maria Celina Bodin de MORAES, *O procedimento de qualificação dos contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 40.

²⁵⁰ Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 85.

²⁵¹ Como esclarece Caio Mário da Silva PEREIRA: É preciso não confundir a classificação dos contratos bilaterais e unilaterais com a dos onerosos e gratuitos, embora haja coincidência de algumas espécies. Os contratos onerosos comumente são bilaterais, e os gratuitos da mesma forma unilaterais. Mas é apenas coincidência. O fundamento das classificações difere: uma tem em vista o conteúdo das obrigações, e outra, o objetivo colimado (Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., pp. 67-68).

²⁵² “Poderá, pois, o mandato ser oneroso ou gratuito, sem que tal critério econômico interfira em sua causa jurídica. Não há dúvida de que o mandato, sobretudo quando oneroso, produz obrigações recíprocas. A confiança que o permeia, contudo, impede que o mandatário vincule o cumprimento de sua obrigação ao cumprimento das obrigações atribuídas ao mandante. Sua natureza unilateral resulta precisamente da inexistência de sinalagma entre as obrigações de ambas as partes. Ou seja: inexistente nexo de causalidade ou de funcionalidade entre as obrigações, de forma que uma seja a razão jurídica da outra (...)” (Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 653).

com o contrato na qual as obrigações cabem a apenas uma das partes, dispôs o seguinte em seu artigo 480:

“Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

O artigo 480 do Código Civil, assim como toda regulamentação do instituto da resolução ou revisão do contrato por excessiva onerosidade, tem inspiração italiana, assemelhando-se ao art. 1.468 do *Codice*. Por essa razão, mais uma vez aqui, o etendimento da doutrina e da jurisprudência italianas pode contribuir para a compreensão do instituto.

Inicialmente, discute-se na doutrina italiana se a norma que regula a teoria da excessiva onerosidade nos contratos unilaterais incidiria apenas em relação aos contratos unilaterais onerosos, ou somente aos contratos unilaterais gratuitos ou, ainda, a todo tipo de contrato unilateral – discussão que se liga diretamente ao fundamento atribuído ao instituto.

De acordo com uma primeira corrente de pensamento, a norma relativa à excessiva onerosidade nos contratos unilaterais possui o mesmo fundamento da norma atinente à excessiva onerosidade nos contratos bilaterais. Ambas as disposições normativas teriam como escopo evitar uma notável alteração do equilíbrio sinalagmático entre as prestações contratuais, o que seria perceptível através do confronto da relação de valor entre as prestações contratuais no momento de celebração do contrato (posição contratual originária) e no momento posterior à incidência do evento superveniente (posição contratual final). Com base nessa concepção, os defensores dessa primeira corrente sustentam que os remédios da excessiva onerosidade previstos no artigo 1.468 do Código Civil Italiano (equivalente ao artigo 480 do Código Civil Brasileiro) seriam aplicáveis exclusivamente aos contratos unilaterais onerosos, na medida em que não se poderia cogitar de relação de valor entre as prestações das partes nos contratos gratuitos.²⁵³

²⁵³ Nesse diapasão, confira-se a opinião de Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 334: “Più precisamente l’onerosità va concepita come quell’ostacolo all’adempimento della prestazione che deriva da un divario, o meglio da un perturbamento dello equilibrio patrimoniale determinatosi fra la prestazione dovuta e la controprestazione. Postulata la necessità di un tale confronto, rimangono intuitivamente esclusi dal campo di operatività del fenomeno anzitutto i contratti a titolo gratuito, nei quali, mancando per definizione una controprestazione, non sarebbe possibile procedere alla valutazione obiettiva di cui si tratta”. V. tb. Augusto PINO, *La eccessiva onerosidade de la prestación*, cit., p. 79, para quem o termo “onerosidade” possui um sentido rigorosamente técnico e, portanto, a perturbação que pode tornar a prestação excessiva somente pode ocorrer nos contratos onerosos, sejam eles bilaterais (art. 1.467 do *Codice*), sejam eles unilaterais (art. 1.468 do *Codice*). Na doutrina brasileira, manifesta posição semelhante, Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 137, segundo o qual “nos contratos gratuitos, como visto, não existe troca, não existe onerosidade

Uma segunda opinião sustenta que a norma prevista no artigo 1.468 do Código Civil Italiano se aplicaria apenas aos contratos unilaterais gratuitos, vez que o artigo 1.467, que no direito italiano regula expressamente as hipóteses de excessiva onerosidade nos contratos com prestações correspectivas, teria como escopo abranger toda e qualquer *fattispecie* contratual onerosa, seja ela bilateral ou unilateral.²⁵⁴

Para uma terceira corrente de pensamento – majoritária na moderna doutrina italiana –, embora o instituto da excessiva onerosidade consista em fenômeno unitário (cuja finalidade é permitir que o ordenamento reaja contra um agravo no empenho econômico deduzido no negócio, evitando, assim, um desequilíbrio superveniente dos termos da relação e, ao mesmo, um exagerado e não previsível sacrifício econômico de uma das partes), o método de configuração da excessiva onerosidade é distinto nos contratos bilaterais e nos contratos unilaterais.²⁵⁵

Nos contratos bilaterais, tendo em vista a existência de uma relação de correspectividade (sinalagma) entre as obrigações a cargo de credor e devedor, a excessiva onerosidade da prestação somente pode ser verificada através da comparação da relação originária de equilíbrio entre prestação e contraprestação com a relação de equilíbrio existente entre as prestações de credor e devedor no momento de sua execução. Nos contratos unilaterais, por sua vez, a excessiva onerosidade é determinada exclusivamente por meio da observação da oscilação de valor da única prestação principal prevista na relação contratual, ou seja, através da comparação da prestação consigo mesma em momentos diversos da relação contratual.²⁵⁶

De fato, conforme já exposto no item 2.3 acima, no caso dos contratos unilaterais, inexistindo relação de valor entre prestação e contraprestação, a dimensão do empenho

na atribuição patrimonial realizada. Dada essa evidência, não se pode neles invocar a excessiva onerosidade. Não há a prestação contraposta para se fazer a relação de equilíbrio econômico”.

²⁵⁴ DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pp. 23 e ss., o qual sustenta, como premissa, que contrato com prestações correspectivas equivale a contrato a título oneroso e contrato gratuito equivale a contrato com obrigações de uma parte apenas. Tal posicionamento é severamente criticado por importar em arbitrária identificação entre as diversas categorias contratuais. Nessa direção, cf. Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 224.

²⁵⁵ Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 41-42: “In questo caso, infatti, si deve condividere l'opinione secondo cui l'onerosità sopravvenuta ‘va apprezzata, diversamente dai contratti con prestazioni corrispettive (né potrebbe essere altrimenti mancando una funzione di scambio), raffrontando l'onerosità iniziale della prestazione con l'onerosità che la stessa prospetta al momento dell'adempimento’. Se dal raffronto così operato dovesse risultare che questo divario è notevole, allora, si dovrebbe ritenere che la parte obbligata possa domandare all'altra parte (ovvero in caso di mancato accordo rivolgersi al giudice) la determinazione della misura di riduzione della prestazione o di modificazione delle modalità di esecuzione del contratto per la sua riconduzione ad equità”.

²⁵⁶ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 221-222. No mesmo sentido, Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 134: “A rigor, não se pode falar aqui [contratos unilaterais] em desequilíbrio entre prestações correspectivas – porque tal correspectividade não existe –, mas em um “desequilíbrio” entre a obrigação que fora originalmente projetada pelo devedor e sua configuração no momento em que o respectivo cumprimento se tornou devido”.

econômico assumido pela parte na relação contratual equivale unicamente ao valor da prestação objeto de sua obrigação, de tal forma que a onerosidade superveniente nesse caso pode ser verificada exclusivamente através da comparação da prestação do devedor consigo mesma (embora em momentos diversos da relação contratual), confrontando seu valor no momento de aperfeiçoamento do contrato com seu valor à época de sua execução.²⁵⁷ Diante disso, os defensores da segunda corrente sustentam não haver razão para se excluir a aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos unilaterais gratuitos.²⁵⁸

Trata-se também da melhor interpretação a ser adotada no ordenamento brasileiro no que se refere ao artigo 480 do Código Civil. Seria, a rigor, ilógico e injusto permitir que determinado sujeito invoque a excessiva onerosidade superveniente na hipótese de venda de um determinado objeto, mas não possa invocá-la caso decida doar o mesmo bem. Mesmo nos contratos gratuitos, seria possível a configuração de uma “onerosidade” excessiva superveniente da prestação contratual, bastando nessa hipótese que se compare o empenho econômico necessário originalmente para a execução da prestação com seu custo atual. Nessa mesma direção, confira-se a opinião de Julio Alberto Díaz:

“O problema consiste em que a *onerosidade excessiva*, fácil de conceber nos contratos onerosos, pela simples comparação entre o sacrifício de uma parte e o benefício que recebe; nos contratos gratuitos, por definição, aparece como impossível, pois o único que se possui é o sacrifício. Neste último caso, a única comparação factível seria a do valor originário com a do superveniente, mas daí já não poderia resultar um contrato *excessivamente oneroso*, senão apenas o que López de Zavalfa, com fino humor, chama de *excessivamente gratuito*. De qualquer maneira, cabe destacar que há nesse caso, um processo substancialmente diferente para avaliar a onerosidade. Com efeito, nos contratos onerosos, a comparação é a dos valores das distintas prestações; nos gratuitos, ao contrário, a confrontação é da prestação consigo mesma, ou dos valores prometidos

²⁵⁷ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 221; Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações* (Arruda ALVIM e Thereza ALVIM coord.), vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 733-734; Agostino GAMBINO, *Eccessiva Onerosità della Prestazione e Superamento dell'Allea Normale del Contratto*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 11-12, nov./dez., 1960, pp. 421-423; Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 157.

²⁵⁸ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 225: “(...) sembra preferibile ritenere, in posizione intermedia, che il rimedio della riduzione è applicabile sia ai contratti unilaterali onerosi, sia ai contratti unilaterali gratuiti. Tale soluzione, peraltro, ben si concilia con il fondamento unitario dei rimedi dell'onerosità ed asseconda, d'altro canto, il dettato normativo che non prevede alcuna limitazione dell'ambito di operatività della norma, riferendola esclusivamente alle fattispecie onerose oppure a quelle gratuite”. Também sustentando a possibilidade de aplicação do remédio de redução ou modificação do contrato por onerosidade excessiva aos contratos unilaterais onerosos e gratuitos, v. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 173.

e o dos valores que devem ser executados. Poder-se-ia pensar, por exemplo, em uma pessoa que se compromete a outorgar uma renda vitalícia e, posteriormente, como consequência de algum plano econômico singular se produz um processo deflacionário que transforma o valor comprometido originalmente em outro desproporcionalmente superior ao valor inicial. A flagrante injustiça que derivaria de impor a alguém o cumprimento de uma liberalidade muito mais gravosa da que ele quis praticar, leva-nos a concluir pela conveniência da inclusão dos atos a título gratuito nos benefícios do instituto, e que tal teria sido a intenção do legislador por não encontrar justificativa sólida para dar um tratamento mais rigoroso aos contratantes a título gratuito”.²⁵⁹

Note-se, ainda, que no direito brasileiro, ao contrário do ordenamento italiano, existe previsão legal que pode servir de amparo para a possibilidade de configuração da excessiva onerosidade através da diferença do valor da prestação no momento de sua origem e no momento de sua execução. Trata-se do artigo 317 do Código Civil, constante da parte geral do direito das obrigações, que, ao prever hipótese de revisão de prestações pecuniárias, expressamente estabelece como critério para a aferição da onerosidade superveniente a “desproporção entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução”.²⁶⁰

Parcela da doutrina sustenta, ainda, que o art. 480 do Código Civil deve ser aplicado não apenas para os contratos unilaterais, mas também para as hipóteses de contrato com prestações correspectivas nas quais já tenha havido o cumprimento da prestação devida por um dos contratantes, restando apenas a execução da prestação a cabo pela outra parte da relação contratual. Segundo os defensores desse posicionamento, o art. 480 do Código Civil, ao se

²⁵⁹ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 203. Em sentido semelhante, Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 184; Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 111. V., ainda, Rafael Henrique RENNERT, *A Proteção do Equilíbrio Contratual no Código Civil de 2002*, cit., pp. 233-234: “O que caracteriza o contrato com obrigação para somente uma das partes, diferenciando-o daquele com prestações correspectivas, na aplicação do remédio, é que a aferição do desequilíbrio não é feita tendo em vista a contraprestação, já que inexistente. A prestação é considerada em si mesma, comparando-se o seu valor quando da conclusão do pacto com aquele do cumprimento. (...) Não há óbice, dessa forma, no reconhecimento da aplicação do remédio aos contratos com obrigação a somente uma das partes – sejam eles onerosos ou gratuitos – por inexistir termo de comparação da gravosidade na própria relação contratual. O juiz comparará a própria prestação do devedor, tendo em vista distintos lapsos temporais: a formação e execução do pacto. A razão do dispositivo legal [art. 480 do CC] está em evitar que o devedor possa ser constrangido ao adimplemento de uma obrigação quando esta comporte um sacrifício econômico desproporcional em relação ao originário”.

²⁶⁰ Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 157; V., ainda, Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 138. O autor chega inclusive a sustentar que, no direito brasileiro, os casos de excessiva onerosidade em contratos gratuitos devem ser valorados exclusivamente com base no art. 317 do Código Civil, não sendo “pertinente ou oportuno” se pensar em um regime não unitário da onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro.

referir a contratos em que as obrigação *couberem* por uma das partes (ao invés de obrigações *assumidas* por uma delas), abriria a possibilidade de interpretação extensiva do dispositivo para abranger determinadas situações envolvendo contratos bilaterais.²⁶¹

O melhor entendimento para a questão, no entanto, parece ser aquele defendido por Rodolfo Sacco, na doutrina italiana, e por Rafael Henrique Renner, na doutrina brasileira, segundo o qual não há porque se negar o remédio de resolução ou revisão na hipótese em que, tratando-se de contrato bilateral, a obrigação da contraparte já tiver sido cumprida, mas, nesse caso, a regra aplicável é a do artigo 478 do Código Civil brasileiro (equivalente ao artigo 1.467 do diploma italiano), pois o que importa para essa delimitação é a função originária do contrato.²⁶² O fato da prestação de uma das partes já ter sido cumprida não transforma o contrato originalmente bilateral em unilateral, razão pela qual tal hipótese deverá ser regida pela regra estabelecida no art. 478 do Código Civil.

A maior parte da doutrina sustenta que os requisitos para a aplicação da teoria da excessiva onerosidade previstos no art. 478 do Código Civil são os mesmos para os contratos unilaterais e bilaterais.²⁶³ Tal afirmação, no entanto deve ser vista com cuidado. Conforme já

²⁶¹ Nesse sentido: “Uma outra possível interpretação para o art. 480 seria a de que essa norma estar-se-ia referindo aos contratos que foram inicialmente onerosos e que, no decorrer destes, uma das partes já tenha executado a sua prestação antes da ocorrência do fato extraordinário e imprevisível, sendo que, nesse caso, a outra parte seria a única obrigada. Neste sentido, também não parece desprovida de significação a circunstância de que o antecedente italiano, já mencionado, refere-se aos contratos em que apenas uma das partes tenha *assumido* obrigações. O Código brasileiro, pelo contrário, refere-se aos contratos em que as obrigações *couberem* a apenas uma das partes. Ora, as obrigações só podem ser *assumidas* no momento da celebração do contrato, mas a expressão utilizada pelo legislador pátrio admitiria uma significação residual; isto é, o caso em que, tendo *assumido* inicialmente obrigações ambas as partes, no momento da interposição da ação *cabem* (competem) obrigações a apenas uma delas (por ter sido a outra já executada)” (Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., pp. 202-203). V. tb. Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 141, para quem o art. 480 pode ser aplicado aos contratos unilaterais e, ainda, “quando uma das obrigações, nos contratos bilaterais sinalagmáticos, já houver sido adimplida”. Manifestando opinião semelhante, v. tb. Claudio Luiz Bueno GODOY, *Função social do contrato*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67; Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., pp. 106-109.

²⁶² Rodolfo SACCO, *Il contratto*, cit., p. 700; Rafael Henrique RENNER, *A Proteção do Equilíbrio Contratual no Código Civil de 2002*, cit., p. 235, que sustenta: “Já foi alvo de discussão a situação em que, num contrato com prestação correspectiva, houve o cumprimento por parte de um dos contratantes mas a do outro ainda não havia se iniciado, advindo o acontecimento externo que abalou o equilíbrio. Nesse caso, seria possível a resolução e, se positivo, com qual fundamento (artigo 1.467 ou 1.468, do Código Italiano)? Entende-se que não há porque negar o remédio de resolução/revisão contratual no caso, embora a regra aplicável seja a do artigo 1.467, pois o que importa para essa delimitação, é a função originária do contrato”.

²⁶³ Essa é a conclusão aceita por ampla maioria da doutrina. Em sentido contrário, adotando interpretação isolada, é o posicionamento de Álvaro Villaça de Azevedo. Na visão desse autor, o fato de o art. 480 não fazer menção a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis significaria que o dispositivo teria consagrado hipótese de lesão enorme, segundo a qual bastaria o exame do desequilíbrio entre as prestações para a revisão do contrato, prescindindo da verificação do fato extraordinário e imprevisível (Álvaro Villaça de AZEVEDO, *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em especial, Onerosidade Excessiva (Laesio Enormis)*, in *Questões Controvertidas no novo Código Civil* (coord. M. L. DELGADO e J. F. ALVEZ), v. 2, São Paulo: Método, 2004, pp. 26-27.

exposto, pela própria natureza dos contratos objeto do artigo 480, o requisito da excessiva onerosidade da prestação não poderá ser configurado em razão de desequilíbrio superveniente entre as prestações, mas sim quanto à prestação em si mesma, analisada desde o momento da conclusão do contrato até o momento de sua execução.

Além disso, conforme sustenta Giuliana Bonanno Schunck, o requisito da extrema vantagem para a outra parte também não pode ser exigido para a aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos unilaterais.²⁶⁴ O requisito da extrema vantagem, conforme exposto no item 2.4 acima, consiste em exigência ligada ao equilíbrio entre as prestações recíprocas das partes contratuais, o que, por essência, não se verifica nos contratos unilaterais. Além disso, seria inviável e irrazoável exigir, para a aplicação do art. 480, a comprovação da vantagem da outra parte, já que nos contratos unilaterais a onerosidade e a desproporção não são verificadas entre prestação e contraprestação, mas apenas entre a única prestação propriamente dita, em diferentes momentos temporais.²⁶⁵

No que tange aos efeitos da excessiva onerosidade, o legislador brasileiro, na hipótese dos contratos unilaterais, optou à primeira vista por solução diversa em relação àquela expressamente adotada como principal no tocante aos contratos bilaterais. Em se tratando de contrato bilateral, a solução aparentemente eleita pelo Código Civil para a superveniente excessiva onerosidade da prestação, embora sujeita a críticas (v. item 4.1 abaixo), é a resolução do ajuste (art. 478 do Código Civil). Nessas hipóteses, segundo o teor literal do art. 479 do Código Civil, a possibilidade de revisão contratual estaria aparentemente subordinada à iniciativa do réu da ação.

Já no tocante aos contratos unilaterais, a solução, à primeira vista, escolhida pelo legislador foi diversa. Nessas hipóteses, o Código Civil elegeu como remédio prioritário da excessiva onerosidade a revisão da relação contratual, que pode ser pleiteada diretamente pelo autor da ação seja através da redução da prestação devida, seja por meio da modificação da forma de sua execução (alteração de prazos, local da entrega, etc.). A mesma diversidade de tratamento entre as hipóteses de excessiva onerosidade nos contratos bilaterais e unilaterais pode ser observada na legislação italiana (arts. 1.467 e 1.468).

²⁶⁴ Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 104.

²⁶⁵ Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 104.

A razão da distinção entre os efeitos previstos pela legislação, tanto brasileira quanto italiana, para os contratos bilaterais e unilaterais é defendida por Rodolfo Sacco, que assim a explica:

“A diferença de tratamento se explica bem. Se o legislador consentisse na resolução dos contratos como no art. 1.333, esta solução eliminaria a obrigação de uma parte, sem que à contraparte fosse possível obter uma melhoria correspondente: em uma fiança, todo o prejuízo seria de quem outorgou o crédito ao principal devedor, confiando justamente na garantia, não tendo o credor como realocar o risco. No exemplo citado, uma solução de equidade nunca poderia consistir em reduzir as partes à condição na qual estavam antes da conclusão do contrato”.²⁶⁶

Embora o artigo 480 do Código Civil não estabeleça a possibilidade de resolução dos contratos unilaterais por onerosidade excessiva, parte da doutrina admite essa alternativa nas hipóteses em que a prestação objeto do contrato seja indivisível ou, por sua própria natureza, não seja suscetível de redução ou modificação da forma de sua execução.²⁶⁷

No que tange ao conteúdo do pedido de redução ou modificação da forma de execução da prestação contratual, se aplicam aqui as mesmas diretivas a serem utilizadas nas hipóteses de pedido de revisão direta do contrato com base nos arts. 317 e 478 do Código e da oferta de modificação do contrato prevista no art. 479 do Código Civil (e que serão melhor desenvolvidas nos itens 4.3 e 4.4.2 abaixo): poderá o autor, nessa hipótese, propor ele mesmo os termos da

²⁶⁶ Rodolfo SACCO, *Il contratto*, t. II, cit., p. 699 (tradução livre). No original: “La differenza di trattamento si spiega bene. Se il legislatore consentisse la risoluzione dei contratti di cui all’art. 1333, questo rimedio eliminerebbe l’obbligo di una parte, senza che la controparte possa ottenere un solievo corrispondente: una fideiussione cadrebbe a tutto danno della parte che ha fatto credito al debitore principale confidando appunto nelle garanzie, e il creditore non avrebbe modo di rimettere la situazione in pristino. Nell’esempio fatto, una soluzione di equità non potrebbe mai consistere nel ridurre le parti nella condizione in cui erano prima della conclusione del contratto”. Em sentido semelhante: Enrico GABRIELLI, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 42-43.

²⁶⁷ Na doutrina italiana, mas com entendimento plenamente aplicável ao ordenamento brasileiro, cf. Enrico GABRIELLI, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 42: “(...) quando la prestazione sia indivisibile, o comunque non sia suscettibile di essere ridotta, l’eccessiva onerosità sopravvenuta dovrebbe operare nello stesso modo in cui opererebbe una causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione, cioè a dire come causa di estinzione del contratto”. Na mesma direção, Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 230. Também admitindo a possibilidade de resolução dos contratos unilaterais por onerosidade excessiva, a despeito do teor do art. 480, confira-se: Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 134: “No caso de contratos unilaterais, a lei confere ao devedor o direito à redução da prestação ou à modificação das condições de execução (prazo, por exemplo), o que não significa que, nesta espécie contratual, ficaria afastada a alternativa da resolução pura e simples do ajuste, conforme prevista no art. 179, desde que no âmbito de contratos à execução continuada ou diferida”. Em sentido contrário, entendendo que opção do Código Civil pelo remédio da revisão contratual no art. 480 implica a vedação da resolução dos contratos unilaterais por onerosidade excessiva, cf. Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 158; Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*, cit., pp. 732-733.

revisão do contrato (apresentando uma proposta de revisão específica e determinada em seus principais elementos) ou se limitar a manifestar sua vontade de revisão do contrato por onerosidade excessiva, remetendo ao juiz à determinação do conteúdo das modificações contratuais necessárias à reconduzir a avença à equidade.²⁶⁸

A revisão dos termos contratuais deve ser suficiente para reconduzir o negócio para dentro dos confins da àlea ordinária que resultou concretamente superada pela incidência do evento superveniente imprevisível ou extraordinário, sem que seja necessário eliminar completamente a disparidade existente entre as prestações, ou seja, não se mostra necessário que a oferta reestabeleça exatamente o equilíbrio entre as respectivas posições contratuais existente no momento da estipulação do contrato.²⁶⁹

3.3. Aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade aos contratos aleatórios.

Não há dúvidas de que a excessiva onerosidade se aplica aos contratos comutativos, nos quais as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas e guardam entre si uma relativa equivalência de valores, não havendo incerteza das partes no que tange ao resultado da atribuição patrimonial prevista no negócio.²⁷⁰ A doutrina especializada discute, no entanto, a possibilidade de aplicação do regime da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios.

São qualificados como aleatórios os contratos em que a extensão das prestações de uma das partes, por se encontrar submetida a um acontecimento incerto, não é precisamente conhecida e, portanto, não apresenta relação de equivalência com as prestações da outra parte.²⁷¹ O traço distintivo dos contratos aleatórios consiste no elemento àlea, que é compreendida como a “incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto, incontrolável e previsto pelas partes”.²⁷²

Mais recentemente, no entanto, a clara percepção de que em todo contrato, mesmo nos contratos comutativos, existe uma margem mais ou menos ampla de risco – de modo que nem

²⁶⁸ Nesse diapasão, Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 211; Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 193-194; Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 83 e ss.

²⁶⁹ Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 337; Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 169. Em sentido contrário, sustentando que a modificação equitativa idônea deve ser capaz de estabelecer o exato equilíbrio original entre as prestações, cf. Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 196; Stefano D'ANDREA, *L'offerta de equa modificazione del contratto*, Milano: Giuffrè, 2006, pp. 245 e 246.

²⁷⁰ Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., pp. 68-69. V. tb. Luiz da Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, São Paulo: Max Limonad, 1958, vol. IV, t. I, p. 294.

²⁷¹ Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., pp. 68-69.

²⁷² Paula Greco BANDEIRA, *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 253.

sempre se verifica uma coincidência exata entre o resultado econômico pretendido e aquele efetivamente alcançado – fez com que a doutrina passasse a diferenciar os conceitos de *álea econômica* (ou *álea normal*), presente em qualquer tipo de relação contratual e de forma mais evidente nos contratos de duração, e *álea jurídica*, que é peculiar aos contratos tipicamente aleatórios.²⁷³

Na chamada *álea econômica*, a incerteza do resultado econômico do negócio se relaciona exclusivamente com a possibilidade de, no momento de sua execução, o custo e o valor das prestações, inicialmente determinados, sofram variações mais ou menos relevantes. A *álea econômica* ou normal consiste, portanto, no “risco pertinente à causa do negócio entabulado pelas partes, identificado no caso concreto de acordo com o específico regulamento de interesses, o qual corresponde, precisamente, à oscilação de valor de prestações já determinadas em contratos comutativos de execução diferida ou continuada”.²⁷⁴

A *álea jurídica*, por sua vez, corresponde à incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, no que tange ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, decorrente do negócio, a depender da verificação de evento incerto previsto pelas partes.²⁷⁵ Os contratos aleatórios, dessa forma, se caracterizam pelo risco (*álea jurídica*), inerente ao contrato no momento de sua formação, que as partes se submetem no que tange à existência ou à importância das prestações contratuais, de modo que, no momento da celebração do negócio, se mostra completamente incerto qual será o lucro ou prejuízo dos contratantes em termos de atribuição patrimonial.²⁷⁶

A doutrina tradicional e alguns autores modernos entendem que a teoria da imprevisão não se aplica aos contratos aleatórios. A imprevisão exigiria uma alteração de circunstâncias que ultrapassasse a *álea* do contrato, requisito que seria impossível de se verificar nos contratos deste tipo, dado que nos contratos aleatórios, as partes, ao assumirem os riscos pela alteração da relação econômica entre as prestações, estariam renunciando à possibilidade de utilização

²⁷³ Gianguido SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1960, pp. 133-134.

²⁷⁴ Paula Greco BANDEIRA, *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*, cit., p. 254.

²⁷⁵ Paula Greco BANDEIRA, *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*, p. 49. E a autora arremata acerca da *álea jurídica* que caracteriza os contratos aleatórios: “O lucro ou prejuízo sobre o qual pairam dúvidas dos contratantes ao firmarem o negócio se afigura jurídico, traduzindo-se na execução de prestação (com a transferência de ativo), em favor da contraparte, deflagrada pelo implemento do evento incerto. Do ponto de vista jurídico, aquele que desempenha a prestação sofre perda, ao passo que a parte que recebe a prestação auferir lucro. O lucro ou prejuízo de caráter econômico, portanto, não serve a qualificar determinado negócio como aleatório, mas sim o lucro ou prejuízo jurídico, isto é, em termos de atribuição patrimonial” (op. cit., pp. 253-254).

²⁷⁶ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 167.

dos remédios da teoria da excessiva onerosidade.²⁷⁷ Sustenta-se, nesse sentido, que a natureza aleatória do contrato normalmente significa que as partes, ao celebrá-lo, o quiseram ainda para as circunstâncias imprevisíveis que viessem a se verificar.

Ao propósito, o ordenamento jurídico italiano exclui expressamente, no art. 1469 do *Codice Civile*, a aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios. Com base nesse dispositivo, o entendimento tradicional na Itália sustenta que a *ratio* da exclusão do regime da excessiva onerosidade nessas hipóteses consiste no fato de que, nos contratos aleatórios, não haveria relação de equivalência entre as prestações, razão pela qual não se justificaria a revisão ou resolução do contrato se ocorressem fatos que alterassem a relação originária de valores entre prestação e contraprestação, já que essa desde sua origem seria desequilibrada.²⁷⁸

Além disso, afirma-se que o risco da alteração da economia do negócio nos contratos aleatórios seria intrínseco ao esquema causal da relação contratual.²⁷⁹ Dito por outras palavras, nessa tipologia contratual, as partes calculam e contratam as probabilidades de alcançar determinadas vantagens futuras, assumindo, porém, o risco de que tais expectativas não se realizem e, por conseguinte, de virem a sofrer os prejuízos correspondentes, razão pela qual não poderiam elas se valer do regime da onerosidade excessiva para evitar tais prejuízos. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Enzo Roppo:

“Se o fundamento do instituto do qual nos ocupamos consiste na justa e racional repartição entre os contraentes dos riscos conexos com a verificação de circunstâncias futuras, é compreensível que o remédio da resolução não deva operar para os contratos que as partes tenham inteiramente moldado sobre o risco (art. 1469.º Cód. Civ.): são os *contratos aleatórios*, onde a medida das prestações recíprocas, ou até a suscetibilidade de as obter, são confiadas, pelos contraentes, ao acaso, que cada um espera evolua em sentido favorável para si. São contratos

²⁷⁷ Nesse sentido, cf.: “Estão de fora da revisibilidade por excessiva onerosidade superveniente os contratos aleatórios, cuja economia fica subordinada a um evento incerto. Entenda-se em senso estrito a expressão ‘contratos aleatórios, não os confundindo com contratos que contém prestações futuras, já que nem toda futuridade importa em aleatoriedade. (...) O campo próprio à revisão é, pois, o dos contratos comutativos, assim entendidos aqueles cujas partes, no momento da celebração, têm conhecimento da vantagem e do sacrifício que o negócio comporta, diferentemente do contrato aleatório, no qual não se conhece a quantidade da prestação e não se sabe o sacrifício” (Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 165). V. tb. Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 120-121. Na jurisprudência, cf. TJSP, Ap. Cív. 0002892-95.2007.8.26.0466, 7ª CDPri, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, julg. 12.9.2012.

²⁷⁸ Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 115.

²⁷⁹ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 163

de especulação sobre o destino: pertence à sua própria função, à sua própria causa, que com eles se possam ganhar muito, mas também perder muito, ou tudo (é o caso do seguro, do jogo, da aposta, da renda vitalícia, etc.). Aqui não há o problema da tutela contra um certo nível de risco, porque as partes anuíram em correr o máximo de risco”.²⁸⁰

O Código Civil Brasileiro de 2002, no entanto, ao contrário do modelo italiano, nada dispôs acerca da incidência da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios, o que tem suscitado controvérsia doutrinária sobre a matéria. Enquanto parte dos autores, na esteira da experiência italiana, sustenta a inaplicabilidade da teoria aos contratos aleatórios, a doutrina mais recente, na ausência de vedação expressa, têm relativizado tal restrição, admitindo a aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios em determinadas hipóteses.

Afirma-se, em primeiro lugar que, como o legislador brasileiro se inspirou manifestamente no modelo italiano, a omissão da vedação expressa à aplicação dos remédios da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios deve ser entendida como verdadeira intenção de não excepcionar tais espécies contratuais da esfera de incidência das regras contidas nos arts. 478 a 480 do Código Civil.²⁸¹

Em segundo lugar, sustenta-se que a natureza dos contratos aleatórios não impede a excessiva onerosidade de suas prestações, desde que não se trate de onerosidade que afete os

²⁸⁰ Enzo ROPPO, *O contrato*, cit., p. 263.

²⁸¹ Nesse sentido é o posicionamento de Antônio Junqueira DE AZEVEDO e Francisco Paulo de Crescendo MARINO em nota de atualização à obra de Orlando GOMES: “Outra questão importante diz respeito à possibilidade de aplicar a revisão ou resolução por excessiva onerosidade aos contratos aleatórios. Entendemos que tal possibilidade existe. Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que o direito brasileiro, ao contrário do italiano, não traz regra vedando expressamente a aplicação do remédio aos contratos aleatórios. Tendo em vista que o legislador de 2002 inspirou-se manifestamente no modelo italiano, deve-se atribuir essa omissão à intenção de não excepcionar os contratos aleatórios da esfera de incidência das regras contidas nos arts. 478 a 480 do Código Civil” (Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 217). Na mesma direção, cf. Nelson BORGES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*, cit., p. 716: “Esta conclusão [aplicabilidade da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios] é extraída da ausência de qualquer referência ou proibição expressa de emprego nessas convenções, perceptível nos arts. 478, 479 e 480 do futuro Código Civil Brasileiro. A legislação italiana, no art. 1.469 do Código Civil em vigor, de forma expressa vedou a aplicação da doutrina da imprevisibilidade aos pactos aleatórios, confundindo *possibilidade de configuração* de um fato, indeterminado apenas quanto à *real efetivação* e seu *tempo*, duvidoso ou incerto, com *acontecimento imprevisível*. Felizmente, neste ponto não foi copiada. Colocada a discussão nestes termos, não seria absurdo afirmar-se que, como linha de princípio, todo contrato possui duas âleas: uma *normal* (comum a todos) e outra *anormal* (reduzido dos eventos imprevisíveis). Entretanto, excepcionalmente, em especial nos contratos aleatórios, seria possível identificar – além das âleas normal e anormal – mais uma: a que abre espaço para os fatos duvidosos (quanto à *efetivação* e *quando* eles se darão), responsável pela concreta ocorrência das situações classificadas como aleatórias, previamente estabelecidas na contratação”. Em sentido contrário, Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil*, cit., p. 204, para quem a omissão do legislador brasileiro no que tange à exclusão da aplicação do instituto da onerosidade excessiva aos contratos aleatórios deve ser atribuída a um “cochilo” do legislador e não à deliberada intencionalidade de considerá-los suscetíveis de obter o amparo da lei.

mesmos riscos que a relação contratual em concreto atribui a uma das partes.²⁸² Ou seja, fora de sua álea (jurídica) específica, os contratos aleatórios podem perfeitamente sofrer os efeitos de acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que prejudiquem o equilíbrio entre as prestações e, portanto, poderão ser objeto de ações de revisão ou resolução contratual.

De fato, nos contratos aleatórios, as partes delimitam com precisão os limites da álea, seja mediante a eleição de determinado tipo aleatório, seja pela introdução da álea em negócio ordinariamente comutativo, com a indicação expressa do evento incerto que definirá o resultado final. Justamente por decorrer de previsão contratual, o evento pertinente à álea contratualmente definida não se afigura imprevisível e, por isso mesmo, não tem o condão de configurar a excessiva onerosidade. Isso não significa, no entanto, a exclusão da proteção do ordenamento contra o desequilíbrio decorrente de eventos imprevisíveis e extraordinários que em nada se relacionam com álea estabelecida pelas partes. Nesse particular (ou seja, fora da álea definida pelas partes), o contrato aleatório se comporta da mesma forma que o contrato comutativo, a permitir a aplicação dos remédios contra a excessiva onerosidade superveniente.²⁸³

Dito por outras palavras, mesmo em se tratando de contratos aleatórios, as partes não assumem aqueles riscos que não estão necessariamente ligados à álea definida contratualmente.²⁸⁴ Deve-se, portanto, buscar delimitar a álea assumida pelas partes e, com isso, permitir a aplicação do instituto da excessiva onerosidade nas hipóteses em que o fato superveniente não se englobe na assunção dos riscos previamente assumidos. Nessa direção, confira-se o entendimento da doutrina especializada:

“Ademais, a natureza dos contratos aleatórios não impede a excessiva onerosidade de suas prestações, desde que não se trate, como é evidente, de onerosidade que afete os mesmos riscos (em qualidade e quantidade) que o contrato tem por fim atribuir a uma das partes. Em outras palavras, fora de sua *álea* contratual específica, os contratos aleatórios podem perfeitamente sofrer os efeitos de acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que prejudiquem o equilíbrio entre as

²⁸² Nesse sentido, Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 161, que afirma que, nos contratos aleatórios, “a fixação das prestações contratuais depende da verificação de um evento esperado ou temido, mas que, em todo o caso, é expressamente previsto. Isso significa que o equilíbrio fixado em termos de probabilidade sempre leva em conta um evento certo. Daí decorre que não é todo e qualquer desequilíbrio que constitui sua álea típica. Logo, o desequilíbrio permitido nos aleatórios é tão somente aquele causado pelo fato futuro expressamente previsto”.

²⁸³ Paula Greco BANDEIRA, *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*, cit., pp. 253-254.

²⁸⁴ Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., p. 55.

prestações. Em se tratando de contrato aleatório por vontade das partes, a análise do caso concreto poderá ser bastante complexa, dependendo de interpretação ampla acerca da distribuição de riscos presente no contrato. Exemplo de resolução de um contrato qualificado como aleatório pela doutrina majoritária (o contrato de seguro), encontra-se no art. 769 do Código Civil, que faculta à companhia seguradora resolver o contrato em virtude de agravamento considerável do risco coberto, posterior à sua celebração”.²⁸⁵

“Nada obstante, ainda nos contratos aleatórios, o risco assumido é em relação a uma determinada álea, e não em relação a outras áleas, e muito menos, em relação a todas as áleas. Isso fez com que alguns Códigos, como o argentino (art. 1.198), ou o peruano (art. 1.441) estabeleçam que o instituto ainda é aplicável aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade obedeça a causas estranhas ao risco próprios do contrato. Por exemplo, no contrato oneroso de renda vitalícia, as partes assumem o risco que implica a duração da vida da pessoa. Esse é o risco próprio, mas isso não significa a incorporação de outras áleas como a flutuação do poder aquisitivo da moeda, razão pela qual se fatos extraordinários e imprevisíveis provocam uma excessiva onerosidade o instituto poderá ser aplicado”.²⁸⁶

²⁸⁵ Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 218, nota dos atualizadores Antônio Junqueira DE AZEVEDO e Francisco Paulo de Crescendo MARINO.

²⁸⁶ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil*, cit., p. 204. Também defendendo a aplicabilidade da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios, Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 132: “A doutrina majoritária entende não se aplicar a resolução por onerosidade excessiva a contratos aleatórios (arts. 458 a 461) (...). Tal conclusão, posta assim em termos tão taxativos, pode contudo ser questionada, quer em face do texto da norma em referência, que em face da doutrina mais recente, que se vem pronunciando no sentido de aplicação da lesão, por exemplo, aos contratos aleatórios (...). De fato, o art. 478 exclui como contratos sujeitos à resolução por onerosidade excessiva os que tenham execução instantânea, mas não exige que os contratos de execução continuada ou diferida sejam, necessariamente, comutativos. Sendo assim, há margem para que a jurisprudência a ser formulada na inovação introduzida no CC venha a considerar, sob certas circunstâncias, que mesmo os contratos aleatórios possam sujeitar-se a resolução por onerosidade excessiva. V. tb. Nelson BORGES, *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 782, São Paulo: RT, 2000, p. 82; Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., pp. 120-121; Darcy BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 290; Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., pp. 53 e ss; Paulo R. Roque KHOURI, *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. 117; Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 115 e ss; J. M. Othon SIDOU, *A Cláusula Rebus Sic Stantibus no Direito Brasileiro*, cit., p. 79.

Destaque-se que os Códigos Civis argentino²⁸⁷ e peruano²⁸⁸, na linha da doutrina citada, expressamente admitem a aplicação do instituto da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios nas hipóteses em que o desequilíbrio superveniente da relação contratual seja consequência de causas estranhas ao risco próprio do contrato celebrado.

Nesse sentido, seria possível aplicar a teoria da excessiva onerosidade, por exemplo, no caso de superveniente desvalorização monetária que incida em contrato aposta no qual dois indivíduos declaram que, conforme certo cavalo ganhe ou não determinada corrida, um deles pagará ao outro determinada quantia. Na hipótese de ocorrer uma brusca desvalorização da moeda antes do momento de execução do contrato que torne a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, não se vê motivos para se impedir a invocação da teoria da imprevisão na medida em que, nesse caso, o aspecto que se alterou no contrato não diz respeito ao seu caráter aleatório.²⁸⁹ Outro exemplo possível de aplicação da excessiva onerosidade a contrato aleatório foi formulado por José de Oliveira Ascensão:

“Quem joga na bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”.²⁹⁰

²⁸⁷ Art. 1.198 do Código Civil argentino: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. *El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.* En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

²⁸⁸ Art. 1.441 do Código Civil peruano: “Extension de la excesiva onerosidad de la prestación. Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican: 1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella. 2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.

²⁸⁹ O exemplo foi extraído de Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., pp. 121-122.

²⁹⁰ José de Oliveira ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, cit., p. 102. O autor sugere ainda o seguinte exemplo para a hipótese aqui discutida: “Da mesma forma, uma aposta sobre o resultado dum jogo de futebol sobre o impacto do acontecimento extraordinário da queda do avião em que eram transportados os jogadores e da morte de toda a equipa, sendo substituída por jogadores de segunda linha” (op. cit., p. 102). Cf., ainda, os exemplos de aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios trazidos por Alfredo José Rodrigues ROCHA DE GOUVEIA: “Se, num contrato de jogo ou aposta, com o decurso do tempo se vem apurar que quem deve prestar é o contratante A e não o contratante B, de alguma sorte agrava-se a posição daquele, pois de eventual credor passa à situação de efectivo devedor. É óbvio que contra tal situação não deve poder o A reagir, pois ela resulta do próprio funcionamento do contrato que implica o infundado das esperanças em que uma das partes se baseou. Mas, se, por exemplo, a prestação convencional, e que a sorte havia de decidir por qual das partes deveria ser cumprida, valia *x* no momento da celebração do contrato e vale *100x* no momento em que deve ser realizada, pode contra tal onerosidade superveniente da prestação reagir o A, pois está fora da álea característica do contrato que respeita exclusivamente ao facto de ser ele a prestar. Há dois factos

Mesmo na Itália onde, como se viu, há norma expressa vedando a aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios, parcela da doutrina já defende que a restrição contida no artigo 1.469 do Código Civil italiano deve ser interpretada *cum grano salis*, operando apenas na hipótese em que o desequilíbrio superveniente seja consequência de um evento reconduzível à álea assumida no contrato, restando aplicáveis os remédios da excessiva onerosidade nas demais hipóteses envolvendo contratos aleatórios. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Carlo G. Terranova:

“A razão da exclusão dos remédios da onerosidade nos contratos aleatórios pode ser colhida no fato que em tal tipologia contratual o risco de alteração da economia do negócio e dos termos da relação prefigurada é considerado peculiar e intrínseco ao esquema causal. Ao lado dos riscos próprios do esquema causal predeterminado se acompanha sempre, no entanto, a possibilidade de fazer frente, mediante os remédios da onerosidade superveniente, aos riscos que se inserem fora do fator causal. Substancialmente, quando o contrato apresente pressupostos de resolução (ou de rescisão) que prescindem do evento aleatório, cujo único efeito é aquele de agravar a desproporção entre as prestações ou uma onerosidade já excessiva, não existe nenhum motivo legítimo que possa induzir à preclusão dos remédios da excessiva onerosidade. Nos contratos aleatórios, as partes assumem, de fato, somente a álea derivada de determinados eventos, de modo que os desequilíbrios supervenientes não relacionados a tais eventos assumem a mesma relevância daqueles próprios dos contratos comutativos”.²⁹¹

supervenientes: o ser o *A* a efectuar a prestação, e a onerosidade desta. Contra o primeiro é o *A* impotente, mas não contra o segundo. (...) Destruída, pelo naufrago do barco em que viajava, certa mercadoria segura contra esse risco por *A* na quantia de *x*, não pode o segurador *B* libertar-se do pagamento da indemnização com o fundamento de que no momento da celebração do contrato de seguro era devedor eventual e, agora, o é certo. A situação, porém, é diversa, se o que *B* alega é não o facto de pagar *x*, mas o de essa quantia ter no momento do pagamento um valor real de *100x*. Esta última situação é em tudo idêntica à que ficou descrita a propósito do contrato de jogo ou aposta” (*Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, cit., pp. 55-56).

²⁹¹ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 163, tradução livre. No original: “La ratio dell'esclusione dei rimedi dell'onerosità nei contratti aleatori può cogliersi nel fatto che in tale tipologia contrattuale il rischio dell'alterazione dell'economia dell'affare e dei termini del rapporto prefigurato è connotato peculiare ed intrinseco dello schema causale. All'ineludibilità dei rischi propri dello schema causale prescelto si accompagna però, pur sempre, la possibilità di far fronte, mediante i rimedi dell'onerosità sopravvenuta, ai rischi che si pongono al di là del fattore causale. In sostanza, qualora il contratto presenti presupposti di risolubilità (o rescindibilità) a prescindere dall'evento aleatorio, il cui unico effetto è quello di aggravare la sproporzione tra le prestazioni o l'onerosità già eccessiva, non v'è alcun legittimo motivo che possa indurre alla preclusione dei rimedi. Nei contratti aleatori le parti assumono infatti la sola álea derivante da determinati eventi, sicché gli equilibri sopravvenuti ad essi non collegati assumono la medesima rilevanza di quelli propri dei contratti commutativi”. E o mesmo autor arremata: “L'esclusione detata dall'art. 1469 c.c. è però operativa nella sola ipotesi in cui lo squilibrio sopravvenuto consegua ad un evento riconducibile all'álea assunta, restando applicabili, nelle

Tal entendimento, que permite a aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios quando o evento superveniente causador do desequilíbrio superveniente não se relacione com a álea assumida no contrato foi consagrado também no Enunciado nº. 440 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*:

“É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”.

Em rara ocasião, a jurisprudência brasileira já teve oportunidade de se manifestar favoravelmente acerca da possibilidade de aplicação dos remédios da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios. Tratava-se de ação de anulatória ou resolutória de contrato de derivativos, cumulada com perdas e danos, ajuizada por uma sociedade empresarial em face de determinada instituição financeira. Em sede de agravo de instrumento contra decisão de 1ª instância que havia determinado a suspensão da exigibilidade dos pagamentos da autora, a 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a natureza aleatória do contrato não obsta a ocorrência de onerosidade excessiva e consequente possibilidade de revisão ou resolução do ajuste. Confira-se:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão (fls. 399/400 destes autos) que, em ação anulatória ou resolutória de contrato, cumulada com perdas e danos, ajuizada contra o agravante, concedeu tutela antecipada para suspender a exigibilidade das parcelas vencidas e vincendas previstas em operação com derivativos estabelecida entre as partes, bem como a anotação do nome da empresa autora junto aos cadastros de proteção ao crédito, mediante caução do bem imóvel. (...) Ainda que tais operações envolvam risco de mercado, afigura-se cabível questionar-se a respeito dos limites desse risco, não podendo ser ilimitado ou muito desproporcional entre as partes contratantes, sob pena

diversi ipotesi, i rimedi propri dell'onerosità” (op. cit., p. 169). No mesmo sentido, Luigi BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova: CEDAM, 2000, pp. 147-148, que conclui que as partes, ao estipularem um contrato aleatório, assumem unicamente a álea própria do contrato, de forma que os desequilíbrios supervenientes não relacionados a ela recebem a mesma disciplina prevista para os contratos comutativos. Por essa razão, a vedação à aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios se mostra legítima unicamente em relação aos eventos previstos no contrato.

de ensejar o enriquecimento sem causa de uma delas em grave prejuízo da outra, notadamente se chegar a ponto de inviabilizar o regular desempenho das atividades da empresa agravada. Diante disso, ao menos no que diz respeito a onerosidade excessiva desses contratos, porquanto poderão configurar as hipóteses previstas nos arts. 317 e 478 do Código Civil, merecendo, assim, ser devidamente apuradas, o que deverá ser feito na instrução do processo principal (sem prejuízo, também, da apuração das demais alegações da agravada, em face da complexidade desses contratos e dos valores que envolvem). Servem, bem por isso, para evidenciar a relevância e verossimilhança de suas alegações. Note-se, outrossim, que mesmo que se considere que cuida-se, no caso, a propósito, de contrato aleatório, conforme afirma o agravante, isto não obsta, ainda que em princípio, o ajuizamento da presente ação, pois como afirma, também, Nelson Nery Júnior, *‘nos contratos aleatórios, a base objetiva do negócio se caracteriza pela equivalência do risco de cada contratante: se o risco for apenas de um ou se for desproporcional, muito mais arriscado para um, que para o outro contratante, há quebra da base objetiva do negócio, que pode ensejar a revisão do contrato ou a sua resolução, de acordo com o que vem previsto no sistema (v. CC 421, 422, 317 e 478), para que se recomponha a equivalência perdida do risco da desigualdade das prestações’* (in *‘Código Civil Comentado’*, Ed. RT, 5ª ed., nota n. 7 ao art. 458, parte final, pág. 508)²⁹².

Diante do exposto, é possível concluir que não obstante a complexidade que envolve a matéria, não parece possível excluir, em termos absolutos, a aplicação da excessiva onerosidade aos contratos aleatórios. Embora se trate de contratos que, por envolverem álea muito acentuada, tornam difícil a aplicação do instituto, não se afigura conforme ao ordenamento excluir, *a priori*, a demonstração de que eventual fato superveniente acarrete aumento excessivo do risco, incremento esse não abarcado pela avença. Nessas hipóteses, deve o juiz avaliar, no caso concreto, se o fato superveniente relaciona-se à álea assumida pelas partes, própria do contrato aleatório firmado, ou se, ao revés, o referido acontecimento afetou o risco não abarcado pela álea do contrato aleatório, hipótese em que cabível a aplicação do instituto da excessiva onerosidade.

²⁹² TJSP, AI 7.324.656-7, 14ª CDPri, Rel. Des. Thiago Siqueira, julg. 25.3.2009.

Assim sendo, a revisão ou resolução do contrato aleatório por excessiva onerosidade não poderá ser aceita na hipótese em que o evento superveniente causador do desequilíbrio se relacione com a álea específica assumida pelos contratantes. Por outro lado, caso o desequilíbrio superveniente não se relacione à álea do contrato, a relação contratual se submeterá à mesma disciplina da excessiva onerosidade prevista para os contratos comutativos. Nesse caso, presentes os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão, poderá o contrato aleatório ser revisto ou resolvido.

4. EFEITOS DA TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE

4.1. Os remédios para a excessiva onerosidade superveniente: revisão ou resolução contratual.

A resolução e a revisão do contrato consistem em eficientes mecanismos utilizados nos diferentes sistemas para relativizar a força obrigatória dos pactos e, assim, enfrentar as situações de excessiva onerosidade superveniente dos contratos, valendo o primeiro remédio como forma de extinção da relação contratual,²⁹³ e o segundo como meio de preservação, tanto quanto possível, da correspectividade e da divisão de riscos originalmente pactuadas pelos contratantes.

O texto do Código Civil, no âmbito dos artigos destinados à regulamentação da excessiva onerosidade superveniente dos contratos e de seus efeitos legais, parece posicionar-se pelo estabelecimento da resolução do contrato como regra geral, e tratar da revisão dos contratos em casos pontuais (arts. 317, 567, 770, 620, 625, 480 entre outros) e em situações sucessivas (art. 479).²⁹⁴ Os arts. 478, 479 e 480 se encontram inclusive inseridos na Seção denominada “Da *Resolução* por Onerosidade Excessiva” e determinam, como primeira providência a ser tomada nas hipóteses de excessiva onerosidade, a resolução do contrato (art. 478).²⁹⁵

A revisão contratual, nos termos do art. 479, somente seria admitida caso o réu do processo (que, no âmbito do direito material, equivale à parte favorecida pela alteração superveniente das circunstâncias) se ofereça a modificar equitativamente as condições do contrato.²⁹⁶ A revisão do contrato também se encontra prevista no artigo 480, que trata da aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos contratos unilaterais. Nesse dispositivo, permite-se que a parte responsável pelas obrigações previstas em contrato unilateral pleiteie a

²⁹³ “A resolução age no plano da eficácia do negócio. Segundo A. Junqueira de Azevedo, pode ocorrer que um contrato, existente, válido e eficaz venha, depois, por causa superveniente, não ligada à formação do negócio, tornar-se ineficaz. A resolução, portanto, é um fator de ineficácia do contrato, que opera segundo determinados pressupostos (...)” (Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 105).

²⁹⁴ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 138.

²⁹⁵ Art. 478 do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

²⁹⁶ Art. 479 do Código Civil: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

redução ou a alteração do modo de execução de sua prestação, a fim de evitar a onerosidade excessiva superveniente.²⁹⁷

Nesse ponto, partindo-se de uma interpretação literal do texto, pode-se concluir que o Código Civil Brasileiro, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor,²⁹⁸ seguiu a fórmula adotada na Itália para o instituto da excessiva onerosidade, que originalmente privilegia a resolução em face à revisão contratual. Isso significa que, tratando-se de contrato bilateral ou sinalagmático, a parte prejudicada pela excessiva onerosidade (a autora da ação) não poderá pleitear diretamente em juízo a revisão do ajuste, mas apenas seu encerramento. A ação revisional por onerosidade excessiva somente seria admitida em se tratando de contratos unilaterais.²⁹⁹

Nesse sistema, no âmbito dos contratos sinalagmáticos, a revisão contratual consiste apenas em espécie de mecanismo de defesa do réu com vistas a evitar a resolução do contrato, não podendo ser exigida diretamente pelo autor da ação. A revisão do contrato é compreendida como um poder colocado em favor do réu da ação, poder este que “não pode estender-se ao juiz, o qual, portanto, não se encontra habilitado a propor ou, ainda menos, a impor uma modificação redutiva dos termos contratuais à equidade”.³⁰⁰

O fundamento existente por trás da prioridade conferida ao remédio da resolução do contrato reside na tradicional preocupação de preservação da autonomia das partes, que proíbe que o juiz altere aquilo que os contratantes, no exercício de sua liberdade, negociaram e

²⁹⁷ Art. 480 do Código Civil: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

²⁹⁸ O CDC (L. 8.078/1990), em seu art. 6º, V expressamente autoriza ações revisionais em razão de onerosidade excessiva da relação contratual. Confira-se: “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”.

²⁹⁹ O entendimento italiano original é bem resumido por Aldo BOSELLI: “La reazione che dall’ordinamento è predisposta contro la situazione di eccessiva onerosità si concreta nel rimedio della risoluzione oppure in quello della revisione (*reductio ad aequitatem*) del contratto. Il primo è esclusivo dei contratti bilaterali, l’altro (revisione) è comune ad entrambe le categorie: però, mentre rispetto ai contratti bilaterali la *reductio* funge da alternativa alla risoluzione ed è concessa alla iniziativa della parte non onerata, nei contratti unilaterali essa costituisce invece il rimedio principale ed esclusivo concesso all’onerato” (*Eccessiva Onerosità*, cit., p. 336).

³⁰⁰ P. RESCIGNO, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano: Giuffrè, 1992, pp. 299 e ss. No mesmo sentido, Enrico GABRIELLI, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 99. V. tb.: Angelo DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, cit., pp. 166-137: “Al giudice, di regola, non è permesso entrare nel merito dei rapporti privati per valutare tali interessi e conseguirne o variarne la realizzazione: il giudice entra solo in ciò che riguarda i limiti, di carattere giuridico, a tale realizzazione, annullando, resolvendo o modificando il rapporto solo per conterlo nel binario del diritto positivo (ed eventualmente interpretarlo o regolarne gli effetti: v. art. 1374 e in genere i rinvii della legge all’equità), non per disporne nel merito, diversamente valutando gli interessi e la loro realizzazione. (...) Ciò stante, appare evidente come quell’offerta di modifica del contratto che il convenuto può fare, inquadrata in questa regola di rispetto dell’autonomia privata, non possa che essere un’offerta specifica, e non un rimettersi ad un’iniziativa che il giudice non ha. Nè può pensarsi ad un delega di poteri al giudice: in materia di disposizione di rapporti contrattuali una simile delega appare inammissibile (...)”.

ajustaram e, dessa forma, imponha a uma das partes que aceite um adimplemento em condições diversas daquelas originalmente contratadas.³⁰¹ Argumenta-se, nessa direção, que a revisão dos contratos atentaria muito mais contra a vontade das partes do que a resolução contratual, tendo em vista que “o contratante levado a uma prestação que não ajustou e que lhe vem de sentença, é mais atingido na sua liberdade do que aquele que suporta o desfazimento do vínculo”.³⁰²

Nessa direção, confira-se a lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca:

“Reunidas as condições necessárias para que se possa dar a intervenção judicial (...), pensamos, contudo que ao juiz, em nosso direito, não é facultada propriamente a *revisão do contrato*, mantida a sua força obrigatória, salvo quando a lei expressamente lhe atribuir esse poder, ou fixar as condições em que continuará a convenção a ser executada. Esta é, fundamentalmente, um acordo de vontades, não parecendo lícito, sem texto expresso, sobrepor a vontade do magistrado ao querer das partes para lhes determinar, para o futuro, a observâncias de condições novas”.³⁰³

No âmbito do direito italiano, Enzo Roppo sustenta, na mesma direção, que:

“Na presença de todos os requisitos que se indicaram, a parte onerada pode pedir a resolução do contrato. Não pode, porém, pretender, sem mais, da parte contrária, um suplemento de prestação que sirva para restabelecer o equilíbrio perturbado, mantendo-se o contrato: a parte contrária poderia, por sua vez, ter dificuldades de fornecer este

³⁰¹ Essa é também a opinião de Carlo G. TERRANOVA, segundo o qual “il generazlizzato timore che l’intervento ‘integrativo’ del giudice comporti indebite intrusioni nello spazio da sempre riservato all’autonomia privata, in dispregio del principio dell’intangibilità giudiziale della regola negoziale, ha indotto il prevalente indirizzo giurisprudenziale ad opporsi ai tentativi di ampliamento dei remedi conservativi in sede giudiziale” (*L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 251). Na doutrina brasileira: “Isso significa que o autor (que no plano material é a parte prejudicada pela excessiva onerosidade) não poderá pleitear em juízo a adaptação do contrato, e sim seu encerramento, só havendo azo para que o juiz o revise, de acordo com o art. 479, se o réu (o contratante não afetado pelo desequilíbrio superveniente) interessar-se por sua manutenção. O entendimento italiano original é de que ‘o contratante cuja prestação se tornou excessivamente onerosa não pode impor que a outra parte aceite um adimplemento sob condições diversas’. Há preocupação pela preservação da autonomia das partes, de modo a não permitir-se que o julgador, no exercício do seu ofício exceda aquilo que os contratantes negociaram e ajustaram no exercício de sua liberdade. A intenção é limitar a atuação do julgador, que sob essas disposições: (i) não há de admitir ‘ações revisionais’; (ii) e não pode revisar o contrato senão quando a parte ré invocar” (Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 139).

³⁰² Orosimbo Nonato DA SILVA, Caio Mário da Silva PEREIRA, Theophilo de Azeredo SANTOS, Sylvio MARCONDES, Orlando GOMES, Nehemias GUEIROS, *Exposição de motivos do Projeto de Código de Obrigações*, Serviço de reforma de Códigos, 1965, p. XVIII.

³⁰³ Arnaldo Medeiros DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, cit., p. 334.

suplemente e não seria justo impor-lho, autoritariamente. Mas a parte contrária pode, autonomamente, considerar que lhe é mais vantajoso manter a operação, restabelecendo o seu equilíbrio econômico, e optando nesse sentido: ‘a parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la declarando aceitar a modificação equitativa das condições do contrato (art. 1467º, 3, Cód. Civ.)’.³⁰⁴

Com o tempo, contudo, verificou-se uma tendência geral de alteração da interpretação e da aplicação dos artigos 478 a 480, fazendo com que a revisão contratual passasse a ser admitida no mínimo enquanto opção equiparada à resolução, não mais como remédio subsidiário e, portanto, permitindo-se o pedido direto de revisão do contrato por parte do contratante prejudicado pela superveniência. Isso se deve, em grande parte, à experiência de outros países, como Alemanha, Holanda, Áustria, Grécia e Portugal, que passaram cada vez mais a aceitar a revisão judicial dos contratos como remédio possível (e, em determinados casos, até preferível) para as hipóteses de onerosidade excessiva superveniente da relação contratual.³⁰⁵

Um dos grandes marcos dessa nova compreensão do papel da revisão contratual e de sua renovada relação com o princípio da autonomia privada consistiu na reforma do Direito das Obrigações do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), que, na hipótese de alteração superveniente das circunstâncias (§ 313), estabeleceu a possibilidade de exigir-se primordialmente a revisão do contrato. A resolução do contrato apenas ocorrerá em último caso, se a adaptação dos seus termos não for possível ou trazer dificuldades para uma das partes.³⁰⁶

Mesmo na Itália, onde, como visto, existem regras similares a do Código Civil Brasileiro que limitam a ação de revisão contratual a espécies contratuais específicas, autores de respeito

³⁰⁴ Enzo ROPPO, *O contrato*, cit., p. 263. V. tb., no direito italiano, A. TRABUCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova: CEDAM, 1985, pp. 696 e ss.

³⁰⁵ Antonis KARAMPATZOS, *Supervening Hardship as a subdivision of the general frustration rule: a comparative analysis with reference to Anglo-American, German, French and Greek Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 13, n. 2, Neatherlands: Kluwer Law International, 2005, pp. 126 e ss. V. tb. Fabiana BARLETTA, *Apontamentos para um estudo comparado da revisão contratual por excessiva onerosidade nos direitos brasileiro, português e italiano*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 24, Rio de Janeiro: Padma, out-dez. 2005, p. 205.

³⁰⁶ Veja-se o teor do mencionado §313 do BGB: “(1) Se circunstâncias, tornadas base do contrato, alteraram-se profundamente depois da sua celebração, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam com outro conteúdo, se houvessem previsto essa alteração, então pode ser exigida a revisão do contrato, na medida em que for inexigível para a parte a manutenção do contrato não modificado, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a repartição contratual ou legal dos riscos. (2) Da mesma forma de uma alteração das circunstâncias se regula quando representações essenciais, tornadas base do contrato, se demonstram falsa. (3) Se a adaptação do contrato não for possível ou trazer dificuldades para uma das partes, o contratante prejudicado pode resolver o contrato. Nos contratos de duração o encerramento deve ser precedido de aviso-prévio” (tradução livre).

vem sustentando que, ao menos nos contratos de duração, “o remédio revisional abandona o papel secundário próprio de uma exceção para assumir a dignidade de regra geral”.³⁰⁷

A tendência atual de primazia da revisão dos contratos sob sua resolução também pode ser observada nas normas destinadas a regular o comércio internacional. Sob a nomenclatura de *hardship*,³⁰⁸ as principais codificações internacionais têm regulado o instituto da excessiva onerosidade superveniente estabelecendo, em regra, o privilégio da permanência do vínculo contratual, com a readaptação de seus termos às novas circunstâncias, relegando o desfazimento do contrato à *ultima ratio*.

Nesse sentido, destaque-se o exemplo dos “UNIDROIT Principles” – uma das mais respeitadas normativas de harmonização das regras contratuais do comércio internacional – que, ao tratarem das hipóteses de *hardship*, privilegiam a renegociação extrajudicial do contrato e, no caso de necessidade de intervenção arbitral, a adaptação de seus termos, prevendo expressamente a possibilidade de o juiz rever o contrato a pedido da parte afetada, com vistas ao restabelecimento de seu equilíbrio.³⁰⁹ A mesma solução foi eleita pela Comissão de Direito

³⁰⁷ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 245, tradução livre. No original: “È possibile pertanto sostenere che (almeno) nei contratti di lunga durata il rimedio revisionale abbandoni il secondario ruolo proprio dell'eccezione per assumere dignità di regola generale” Em sentido semelhante: Paolo GALLO, *Changed conditions and problems of price adjustment: an historical and comparative analysis*, in *European Review of Private Law*, vol. 6, n. 3, Neatherlands: Kluwer Law International, 1998, p. 293. Mesmo assim, a opinião dominante na doutrina italiana continua sendo aquela que desautoriza a revisão judicial direta dos contratos, salvo nas específicas hipóteses em que a lei a prevê expressamente. Nesse sentido, confira-se, por todos, Enrico GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 26.

³⁰⁸ O termo *hardship* significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes. Cf. Heinz STROHBACH, *Force majeure and hardship clauses*, in *international commercial contracts and arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, Paris: ICC, vol. 1, n. 1, 1984, pp. 39-51. Christoph BRUNNER destaca que a cláusula de *hardship* tem como fundamento precípua o princípio da boa-fé: “The legal basis for the hardship exemption is widely considered to lie in the *principle of good faith*. If a change of circumstances results in an excessive disproportion between performance and counter-performance, the insistence of a party on the performance by the aggrieved party strictly in accordance with the terms of the contract may be contrary to the principle of good faith and amount to an abuse of right, always provided that the risk of the change in circumstances has not been assumed by the aggrieved party” (Christoph BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 394).

³⁰⁹ Confira-se, nessa direção, o artigo 6.2.3 dos princípios da UNIDROIT, que estabelece os efeitos do *hardship*: “(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with view to restoring its equilibrium”. Na doutrina, vejam-se, sobre o tema, os comentários de Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE: “Também em termos de *lex mercatoria*, o privilégio à manutenção do contrato em situações de *hardship* tem se apresentado como tendência em codificações internacionais. Tome-se como exemplo os “UNIDROIT Principles”, surgidos em 1994 e atualizados pela segunda vez em 2010. O *hardship* vem previsto no capítulo 6 do diploma, que trata da “Performance” do contrato. Se comparado, por exemplo, à *force majeure*, tratada no capítulo de “Non-Performance” contratual, tem-se por revelado que a intenção dos redatores foi a de cristalizar o *hardship* como um instrumento de *preservação* do contrato, e não de sua resolução. Daí que sua incidência, mesmo que difícil e excepcionalíssima, há de privilegiar a permanência do vínculo, com a readaptação de seus termos, relegando o

Contratual Europeu que, ao elaborar os princípios que deveriam servir de base para um futuro Código Civil Europeu, estabeleceu que na hipótese de alteração superveniente das circunstâncias, poderá o juiz não apenas resolver o contrato, mas também adaptá-lo de modo a distribuir equitativamente entre as partes os ganhos e as perdas decorrentes da alteração das circunstâncias.³¹⁰

Nos contratos internacionais, portanto, o instituto do *hardship* apresenta-se como um instrumento de conservação do negócio jurídico. Trata-se de cláusula cuja função é “a adaptação do regime contratual para assegurar sua continuidade quando na presença de eventos supervenientes que tenham alterado de maneira substancial o equilíbrio das recíprocas prestações sem tornar, contudo, impossível a execução das obrigações contratuais”³¹¹. Reveste-se, portanto, de nítida função conservatória do negócio jurídico.

A doutrina moderna brasileira não ficou imune a esses avanços e, na esteira da tendência mundial, também tem defendido que a revisão judicial dos contratos sinalagmáticos a pedido da parte afetada pela alteração das circunstâncias consiste em solução não apenas juridicamente possível no sistema pátrio mas, muitas vezes, preferível quando se trata de excessiva onerosidade superveniente das prestações contratuais, na medida em que não se trata de um contrato que tenha perdido “a sua *utilidade*, senão apenas de um contrato que perdeu o seu *equilíbrio*”.³¹²

Ainda antes do Código Civil de 2002, doutrina e jurisprudência já tendiam para o remédio da revisão dos contratos em prevalência à resolução pura e simples.³¹³ No sistema

desfazimento à *ultima ratio*” (*Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 141-142).

³¹⁰ O texto integral do dispositivo é o seguinte: “Article 6:111 – Change of Circumstances: (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing” (Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III), disponíveis em <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002>, acesso 25.3.2013).

³¹¹ Piero BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, in Michael J. BONELL e Franco BONELL (org.), *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano: Giuffrè, 1997, p. 200.

³¹² Serpa LOPES, *Curso de Direito Civil (Dos Contratos em Geral)*, vol. III, 1ª parte, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 97.

³¹³ A título exemplificativo, cf. J. M. Othon SIDOU, *A Cláusula Rebus Sic Stantibus no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 83; Serpa LOPES, *Curso de Direito Civil (Dos Contratos em Geral)*, vol. III, 1ª parte, cit., pp. 97 e ss.

atual, com base em uma interpretação sistemática do ordenamento civil brasileiro, tem-se sustentado que a incidência nas relações privadas dos modernos princípios contratuais da boa-fé, da função social e, principalmente, da conservação dos contratos³¹⁴ exige a releitura do artigo 478 do Código Civil, ampliando sua interpretação, de modo a possibilitar que a parte afetada pela superveniente alteração das circunstâncias exija diretamente em juízo, não apenas a resolução do contrato, mas também sua revisão. Nesse sentido, dentre diversos outros autores, confirmam-se as considerações de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza:

“No entanto, considerando que a resolução por onerosidade excessiva está hoje inserida em um sistema normativo que consagra como princípios contratuais a boa-fé e a função social, é bem possível, e mesmo recomendável, que os pressupostos deduzidos de uma interpretação meramente literal do art. 478 sejam relidos à luz destes novos princípios, despregando-se, assim, daquele antigo modelo correspondente à teoria da imprevisão. Assim, poder-se-á sustentar, em primeiro lugar, que a revisão – e não somente a resolução – do contrato será exigível, com base na boa-fé (art. 422) e, mais especificamente, com fundamento da norma inscrita no art. 317 (originalmente este último dispositivo se referia à ‘desvalorização monetária’, mas a referência foi suprimida). Os arts. 317 e 422 são, pois, normas que dão apoio à criação de outras hipóteses de revisão do contrato, ampliando-se assim o alcance do art. 478 quando comparado ao alcance que lhe seria dado conforme uma interpretação meramente literal, que o circunscrevesse, anacronicamente, à antiga teoria da imprevisão”.³¹⁵

³¹⁴ Sobre o princípio da conservação dos contratos, consagrado no artigo 170 do Código Civil, confira-se a lição de Antônio Junqueira DE AZEVEDO: “Tanto dentro de cada plano, quanto nas relações entre um plano e outro, há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência, invalidade e ineficácia; queremos nos referir ao princípio da conservação. Por ele, tanto o legislador como o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e os segundos, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos, existência, validade e eficácia, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente. O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quando da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento se prende à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação da vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil” (Antônio Junqueira DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade, eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 66-67).

³¹⁵ Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 131.

“No entanto, aqui [art. 479] parece claro que a alternativa compete ao credor, e não ao devedor. Não é a este, mas àquele que a lei confere a escolha entre a extinção do contrato e a sua revisão, mediante o ajuste das prestações. Ao devedor, autor da ação, portanto, o CC confere apenas a resolução. Este posicionamento adotado pelo Código, é contudo, criticável. (...) De todo modo, pode-se ampliar o espectro de incidência do dispositivo com a admissão de possibilidade de o juiz, diante do requerimento do réu, autorizar a revisão – em homenagem ao princípio de conservação dos contratos – mesmo sem a anuência do autor, cujo pedido tenha se limitado à resolução”.³¹⁶

O mesmo entendimento foi externado no Enunciado nº. 176 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

³¹⁶ Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., pp. 133 e 134. Diversos outros doutrinadores também já defendem a possibilidade de a parte afetada pela excessiva onerosidade superveniente do contrato exigir diretamente a revisão da relação contratual. Nessa direção, veja-se: Antonio Junqueira de Azevedo, *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentada para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, cit., p. 193; Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., pp. 160 e ss; Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 138-145; Gabriela TABET, *Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional*, cit., p. 342; Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 155; Eros Belin de Moura CORDEIRO, *Da Revisão dos Contratos*, cit., pp. 223 e ss.; Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 173 e ss; Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 209; Nelson BORGES, *Aspectos Positivos e Negativos da Revisão Contratual no Novo Código Civil*, cit., p. 104; Raquel Bellini de Oliveira SALLES, *O Desequilíbrio da Relação Obrigacional e a Revisão dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil*, in *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* (Gustavo TEPEDINO coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 310; Antonio Celso Fonseca PUGLIESE, *Teoria da Imprevisão e o novo código civil*, cit., p. 20; Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 105; Maria Antonieta Lynch DE MORAES, *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, cit., p. 215. Na mesma direção, confira-se a lição de Antônio Junqueira DE AZEVEDO e Francisco Paulo de Crescendo MARINO em nota de atualização à obra de Orlando GOMES: “Uma leitura mais apressada dos artigos em exame [arts. 478-480 do Código Civil] poderia levar a concluir que a ação de revisão contratual somente é admitida em se tratando de contratos unilaterais. Isso porque o art. 478, ao contrário do art. 480, não refere expressamente essa possibilidade. Ao contrário, o art. 479 parece atribuir ao réu (o credor da prestação tornada excessiva onerosa) a exclusividade da iniciativa de promover a alteração equitativa do contrato, restando ao devedor somente a ação de resolução. Este, contudo, não é o entendimento mais adequado. Inicialmente, o art. 478 do Código Civil deve ser interpretado à luz do *princípio da conservação dos negócios jurídicos*, pelo qual se deve procurar conservar o máximo possível do negócio jurídico realizado, tanto no que diz respeito à sua existência quanto à sua validade e à sua eficácia. Tal princípio é admitido com certa amplitude, no sistema jurídico brasileiro. Ademais, o art. 317 (que expressamente admite a correção do valor da prestação devida) e os demais dispositivos do Código Civil de 2002 atinentes a contratos específicos (v.g., art. 620 sobre a empreitada; e art. 770, parte final, sobre o seguro) demonstram sem dificuldade que o sistema do Código permite que a parte cuja prestação tornou-se excessivamente onerosa pleiteie a revisão do contrato (para reduzir ou modificar a prestação), quer se trate de contratos sinalagmáticos ou de contratos unilaterais” (Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 216).

“Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Além da influência dos novos princípios da teoria contratual, parcela da doutrina tem defendido que a revisão direta dos contratos deve ainda ser autorizada em razão do art. 317 do Código Civil que expressamente prevê a possibilidade de correção, pelo juiz, do valor de prestações que, por motivos imprevisíveis, venham a se tornar manifestamente desproporcionais em relação ao momento de sua pactuação.

Como visto, o art. 317 do Código Civil, em sua origem, tinha como função precípua a recomposição do valor real da prestação pecuniária em razão de desvalorização monetária. Tratava-se, portanto, de dispositivo que, em sua concepção, se limitava às prestações em dinheiro. Quando da passagem do Projeto do Código Civil de 2002 pelo Senado Federal, a redação original do art. 317 sofreu modificações que suprimiram as expressões “pela desvalorização da moeda”, e “correção monetária”, trocando-as por “motivos imprevisíveis” e “valor real da prestação”, respectivamente.³¹⁷

Diante disso, a maior parte da doutrina tem interpretado o art. 317 de forma ampliativa, não o limitando apenas às hipóteses de desvalorização monetária das prestações pecuniárias, havendo inclusive autores que defendem ser o art. 317 norma geral autorizadora da propositura de ações revisionais, plenamente aplicável a qualquer hipótese de excessiva onerosidade superveniente da prestação. Veja-se, nessa direção, a opinião de Gabriela Tabet:

“O art. 317 do Código Civil consiste em norma expressa autorizadora da revisão judicial das obrigações, passível, por certo, de aplicação às relações contratuais, diante da inafastável necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema unitário. Não há que se falar, conseqüentemente, em impossibilidade de revisão dos contratos em razão do caráter de especialidade das normas previstas nos arts. 478 a 480 do Código Civil diante da generalidade do disposto no art. 317. Isto porque, a revisão contratual não é repelida pelo legislador, mas tão somente prevista de modo precário, o que é facilmente solucionado pela hermenêutica. Saliente-se que as normas interpretáveis restritivamente são somente aquelas excepcionais, inspiradas em princípio da regra que caracteriza o ordenamento e reguladoras de matéria considerada exceção

³¹⁷ Renan LOTUFO, *Código Civil Comentado: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 220.

à luz dos princípios que constituem o fundamento racional do sistema. Esta não é a hipótese da norma em questão. Ademais, os mesmos fundamentos jurídicos utilizados pela doutrina pátria e pela jurisprudência para justificar a revisão contratual antes do advento do Código Civil de 2002 subsistem, ainda mais tendo-se em conta a principiologia informadora da nova teoria dos contratos”.³¹⁸

De mais a mais, o próprio Código Civil, ao disciplinar os específicos tipos contratuais, contraria a regra geral prevista nos artigos 478 a 480 e prevê expressamente diversas hipóteses nas quais a revisão do contrato, em decorrência de pedido direto da parte afetada pela alteração das circunstâncias, consiste no remédio prioritário eleito para as hipóteses envolvendo excessiva onerosidade superveniente das prestações.

É o caso, por exemplo, do contrato de locação, em relação ao qual o Código Civil, em seu artigo 567, permite ao locatário exigir a revisão do aluguel em caso de deterioração da coisa alugada, restando a resolução como remédio subsidiário para o caso de a coisa não mais servir ao fim a que se destinava.³¹⁹ A possibilidade de revisão judicial direta nos contratos de locação também é expressamente prevista pelo art. 19 da Lei 8.245/1991 com vistas a ajustar o valor do aluguel ao preço de mercado.³²⁰

Nos contratos de seguro, a revisão também consiste no principal remédio estabelecido pelo Código Civil para as hipóteses de alteração superveniente das circunstâncias, podendo o segurado exigir a revisão do prêmio estipulado em caso de considerável redução do risco no curso do contrato (art. 527). Novamente aqui, a resolução aparece como remédio subsidiário.³²¹

³¹⁸ Gabriela TABEL, *Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional*, cit., p. 342. No mesmo sentido: Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*, cit., p. 313; Nelson BORGES, *Aspectos Positivos e Negativos da Revisão Contratual no Novo Código Civil*, cit., pp. 95-97; Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 131; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., pp. 151-169; Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 149. Em sentido contrário, limitando a aplicação do art. 317 à sua função originalmente concebida, v. Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 140; Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 143 e ss.

³¹⁹ Art. 567 do Código Civil: “Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava”.

³²⁰ Art. 19 da Lei 8.245/1991: “Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”.

³²¹ Art. 770 do Código Civil: “Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato”.

No contrato de empreitada, o dono da obra pode diretamente exigir em juízo a revisão do preço global convencionado quando houver considerável diminuição dos custos (art. 620).³²² De outra parte, o Código Civil confere ao empreiteiro o direito de exigir a revisão do contrato a seu favor quando, por causas geológicas, hídricas, ou semelhantes sobrevier excessiva onerosidade na relação contratual (art. 625, II).³²³

Tais hipóteses previstas pelo Código Civil na disciplina específica dos contratos também servem de embasamento para a defesa da revisão contratual na medida em que evidenciam a compatibilidade e a preferência que o ordenamento civil brasileiro, interpretado de forma sistemática e unitária, confere à revisão dos contratos como meio de manutenção dos ajustes mesmo em face de alterações supervenientes da economia contratual.³²⁴

Na experiência jurisprudencial brasileira, é possível, ainda, encontrar diversos precedentes nos quais foram admitidos pedidos diretos de revisão do contrato por onerosidade excessiva.³²⁵ O próprio Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão, na qual expressamente declarou a possibilidade de propositura direta de ações revisionais, não obstante o disposto no art. 478 do Código Civil.

Discutia-se no aludido precedente a presença ou ausência de excessiva onerosidade superveniente em contrato de compra e venda de safra futura de soja, tendo em vista a ocorrência de praga conhecida por “ferrugem asiática”. O STJ, embora tenha, ao final, desprovido o Recurso Especial interposto pelo produtor de soja, por entender que a hipótese concreta não preenchia os requisitos de aplicação da teoria da onerosidade excessiva, declarou expressamente o cabimento, em tese, de ação revisional direta:

“Conforme visto, trata-se de pretensão à *complementação de preço fixado na origem do contrato*, a partir de cotação existente na data de vencimento da obrigação, o que, em termos jurídicos, equivale a uma

³²² Art. 620 do Código Civil: “Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada”.

³²³ Art. 625 do Código Civil: “Poderá o empreiteiro suspender a obra: (...); II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços”.

³²⁴ É o que também sustentam Gustavo TEPEDINO, Heloísa Helena BARBOZA e Maria Celina Bodin DE MORAES: “Também poderá vir a ser invocado como fundamento para a possibilidade de revisão contratual (e não apenas resolução) o fato de o Código Civil em outras hipóteses prever a alteração da equação econômica do contrato como forma de o preservar. É o caso do art. 620, referente ao contrato de empreitada, e do art. 770, referente ao contrato de seguro” (Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 131).

³²⁵ V., por exemplo, TJRJ, Ap. Cív. 1993.001.01792, 5ª CC, Des. Humberto de Mendonça Manes, julg. 10.5.2003; TJRJ, Ap. Cív. 1990.001.04514, 5ª CC, Des. Narciso Pinto, julg. 6.8.1991.

revisão da cláusula respectiva. Tal constatação é importante porque exige uma breve consideração a respeito de uma diferença à primeira vista existente no trato legislativo da onerosidade excessiva com base no CC/02 e no CDC, pois o art. 478 do CC/02 se refere unicamente à *resolução* do contrato, enquanto que o art. 6º, V, do CDC, ao tratar do tema de forma mais objetiva e sem as mesmas exigências, permite a *revisão* do pactuado, na esteira do pedido aqui analisado. (...) Salvo melhor juízo, não há precedente no STJ que analise especificamente os efeitos do reconhecimento da onerosidade excessiva quando *ausente* relação de consumo. Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02, entendendo ser possível aplicar o instituto também na mesma direção indicada pelo CDC – e respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil – especialmente pela necessidade de se dar valor ao *princípio da conservação dos negócios jurídicos* que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157, que afasta a anulação do negócio por lesão quando “*for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito*”, assim como no art. 170, que converte o negócio nulo se este “*contiver os requisitos de outro*”, devendo subsistir “*quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade*”. É de ser citado, ainda, o art. 317 do mesmo Código, que guarda maiores proporções com o tema aqui versado ao estipular 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*”. No mais, o próprio art. 480 do CC/02, ao tratar da onerosidade incidente sobre contrato unilateral como o mútuo, admite que poderá ocorrer a *redução* da prestação ou a *alteração* do modo de seu cumprimento”.³²⁶

Nesse novo contexto normativo e cultural, a revisão dos contratos passa a ser entendida como instrumento de preservação – não já de violação – da autonomia dos contratantes, especialmente quando se trata de vínculos contratuais cuja duração se estende no tempo. Dessa forma, a atribuição ao juiz do poder de intervir na economia do contrato para readaptá-lo às novas circunstâncias não é mais visto como agressão à autonomia das partes, e sim como recomposição do equilíbrio original do contrato, levando em consideração a distribuição de

³²⁶ STJ, REsp. 977.007/GO, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.11.2009.

riscos originalmente pactuada pelas partes.³²⁷ Em razão disso, sustenta-se que “dar prioridade à sua preservação [do contrato], em algumas situações – o que pressupõe, é claro, a análise casuística –, representa potencializar a autonomia privada”.³²⁸

O princípio da autonomia privada, como se viu, não pode mais ser entendido nos mesmos termos postos à época das codificações liberais oitocentistas. A autonomia privada, antes compreendida como o poder conferido às partes de eleger todo o conteúdo do pacto celebrado, revela-se, atualmente, “amesquinhada pela sistemática intervenção estatal”, tendo, em regra, se transformado em poder de “mera iniciativa controlada pelo poder público, cabendo ao Judiciário manter o equilíbrio contratual diante das múltiplas fontes incidentes sobre o negócio jurídico”.³²⁹

Diante disso, a conservação do vínculo contratual, visando ao restabelecimento da economia do contrato através da intervenção judicial, pode, muitas vezes, consistir na solução mais conveniente para ambos os contratantes que, não obstante a situação de excessiva onerosidade superveniente suportada por um deles, têm interesse na continuidade da relação contratual.³³⁰

Tal afirmação mostra-se especialmente relevante no âmbito dos contratos de duração, cujo escopo é assegurar a satisfação contínua de um interesse durável das partes, ou seja, “a perpetuação do vínculo é o que confere sua nota característica”.³³¹ Nesses tipos de contrato, o escopo das partes, em regra, se relaciona diretamente com a conservação da relação contratual por todo o período de duração previamente acordado, a fim de se permitir a realização completa da finalidade econômica programada e do interesse deduzido no contrato.³³²

Esse tipo de exigência típica dos contratos de duração não se concilia com a lógica do remédio resolutorio, que induz uma das partes a demandar a imediata dissolução do vínculo nas

³²⁷ “O modificar não é visto como agressão à autonomia das partes, e sim um resgate do equilíbrio original do contrato, *i. e.*, do que ‘vinculou as partes no momento da celebração’. ‘O que é, portanto, obrigatório é a manutenção daquele equilíbrio; o desequilíbrio para além do risco próprio dos contratantes é uma patologia, que não obriga’. Daí que se deva ‘procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto’, para qualquer dos planos de (existência, validade e eficácia do negócio), postura que se procura resumir pela ideia do ‘princípio da conservação’ (Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 144). No mesmo sentido, Paulo R. Roque KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 123; Augusto M. MORELLO, *La Adecuación del Contrato: por las partes, por el juez, por los árbitros*, La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1994, pp. 63-70.

³²⁸ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 141.

³²⁹ Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento Firmados à Época do chamado Plano Cruzado*, cit., p. 82.

³³⁰ Gabriela TABET, *Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional*, cit., p. 347.

³³¹ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 144-145.

³³² Augusto M. MORELLO, *La Adecuación del Contrato: por las partes, por el juez, por los árbitros*, cit., p. 62.

hipóteses de excessiva onerosidade superveniente, tornando impossível o perseguimento dos interesses contratuais.³³³ Além disso, a dissolução do vínculo normalmente acarreta a perda de grande parte dos investimentos realizados pelos contratantes antes e durante a relação contratual, obrigando às partes a buscarem novamente no mercado a satisfação de suas necessidades,³³⁴ o que corrobora a noção de que os contratos de duração somente são celebrados em razão dos interesses duráveis dos contratantes, razão pela qual privilegiar sua revisão com vistas a conservá-los representa respeitar a autonomia das partes.³³⁵

A revisão dos contratos desequilibrados, além de reflexo imediato dos princípios de conservação e do equilíbrio econômico-financeiro dos pactos, consiste em corolário dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. O princípio da boa-fé objetiva, como se sabe, impõe aos contratantes deveres anexos de cooperação para que a relação contratual alcance o fim a que ambas as partes visaram.³³⁶ Nessa direção, doutrina e jurisprudência, estrangeira e nacional, têm entendido que tais deveres de cooperação resultantes da boa-fé abrangem também um dever geral de renegociação dos contratos de longa duração desequilibrados por força de acontecimentos supervenientes e imprevisíveis.³³⁷ Além disso, a

³³³ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 188.

³³⁴ Confira-se, em sentido semelhante, o comentário de Enrico GABRIELLI que destaca que uma das razões utilizadas para defender que a revisão se sobreponha à resolução nos casos de contratos de longa duração é o fato de que, se assim não fosse, se perderiam (ou dificilmente seriam recuperados) todos aqueles investimentos feitos para a operação econômica: “Soprattutto quando l’operazione sia di lunga durata e complessa, i remedi ‘ablativi’ dovrebbero lasciare posto a quelli ‘manutentivi’ o ‘di adeguamento’, perché altrimenti andrebbero perduti quegli investimenti effettuati in relazione ad operazioni ‘difficilmente reversibili’ (*L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 96).

³³⁵ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 144-145.

³³⁶ “A fim de contornar a excessiva amplitude do princípio, a doutrina procura dar conteúdo mais preciso à boa-fé objetiva por meio da identificação de três funções essenciais: i) cânon interpretativo-integrativo; ii) norma de criação de deveres jurídicos; e iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. (...) Como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé dá origem aos chamados ‘deveres laterais’, também conhecidos como acessórios, ou ainda secundários, em razão de não se referirem direta e primordialmente ao objeto central da obrigação. Ao se exigir que o contratantes, quer na conclusão, quer na própria execução do contrato, ‘guardem os princípios da probidade e boa-fé’, o CC, muito mais que apenas exigir um dever geral de não prejudicar, autoriza a imposição de uma série de deveres de conduta mutuamente exigíveis entre os contratantes e que independem da vontade de um e de outro” (Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., pp. 17-18).

³³⁷ Raquel Bellini de Oliveira SALLES, *O Desequilíbrio da Relação Obrigacional e a Revisão dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil*, cit., p. 315; Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Projeto de Código Civil: As Obrigações e os Contratos*, cit.; Paulo R. Roque KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 134, que inclusive sustenta que contraria o princípio da boa-fé o autor que insiste na resolução do contrato mesmo diante da oferta de modificação equitativa. Ainda sobre o tema, confira-se a lição de Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., pp. 166-167: “O exercício do poder-dever revisional vem balizado, em todas as hipóteses previstas no novo Código Civil em que a revisão assenta-se na justiça corretiva, pela cláusula geral da boa-fé objetiva disposta no art. 422: se há quebra das circunstâncias que formaram a base ou estrutura de equilíbrio do contrato, e observadas as demais prescrições legais, a contraparte *deve* aceitar a modificação postulada, procedendo segundo a boa-fé, que impõe deveres de consideração aos legítimos interesses do parceiro contratual. Aí ocorre a caracterização de um *dever jurídico*

prioridade pela revisão do contrato é a solução que mais se coaduna com a observância de sua função social na medida em que, “extinguindo o pacto, não só uma das partes teria suprimida a possibilidade de manutenção do contrato, sentindo-lhe os efeitos, como também terceiros ligados jurídica e economicamente à convenção”.³³⁸

A revisão contratual, nessa ótica, é entendida como um “poderoso instrumento de perene revitalização do contrato”, que “possibilita a modificação do conteúdo do pacto à luz dos valores maiores constantes do ordenamento jurídico brasileiro postos na Constituição da República”.³³⁹

Mas deve-se deixar bem claro que nem sempre a revisão será a solução de maior respeito à autonomia privada, do mesmo modo que a resolução não significa necessariamente sua preservação. Haverá casos em que a revisão não será viável seja por implicar o desfazimento das necessidades-utilidades do vínculo a um ou ambos os contratantes seja por se encontrar fora dos limites de intervenção do poder judiciário,³⁴⁰ os quais serão discutidos no item 4.4.1 abaixo. Deve-se afastar o entendimento de “quem pode o mais, pode o menos” – em que a resolução seria “o mais” e a revisão “o menos”.³⁴¹ Tal proposição, que considera a resolução e a revisão como marcos de gradação para a interferência na autonomia privada parte de pressuposto equivocado: de que seria possível *a priori* definir qual das duas soluções seria menos atentatória a autonomia privada. A análise da melhor solução dependerá, portanto, do caso concreto e das circunstâncias que o envolvem.

Diante do exposto, por meio de interpretação sistemática e principiológica, é possível alcançar as seguintes conclusões: (i) não obstante a redação do artigo 478 do Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro permite que o autor da ação por onerosidade excessiva superveniente pleiteie a revisão – e não apenas a resolução – do contrato; e (ii) a revisão, com a consequente conservação do negócio jurídico, consiste no remédio prioritário a ser levado a cabo pelos magistrados no julgamento das hipóteses de desequilíbrio superveniente dos

(correspondente a um direito subjetivo) e não um ‘estado de sujeição’, co-respectivo ao exercício de direito formativo. Se a parte que deve aceitar a revisão não colaborar, legitima-se o poder corretivo do juiz (ou do árbitro, conforme as circunstâncias)”.

³³⁸ Nelson BORGES, *Aspectos Positivos e Negativos da Revisão Contratual no Novo Código Civil*, cit., p. 104. Sobre a relevância do princípio da função social para as hipóteses de revisão dos contratos, v. ainda Antonio Junqueira DE AZEVEDO, *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentada para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, cit., pp. 197-198.

³³⁹ Eros Belin de Moura CORDEIRO, *Da revisão dos contratos*, cit., p. 166.

³⁴⁰ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 150.

³⁴¹ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 150.

contratos. Conforme bem sustenta Gustavo Tepedino, “a revisão do contrato será preferível à sua resolução sempre que aquela for possível, em homenagem ao princípio de conservação dos contratos, e despojando-se da nostálgica fobia reinante em doutrina, à ingerência judicial sobre a autonomia privada”.³⁴²

Tais conclusões conformam-se e harmonizam-se com a constatação de que o ordenamento jurídico consiste em um sistema unitário, conferindo aos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil uma interpretação inserida em um sistema lógico e coerente, tendo em vista que a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função unida à ordem jurídica a qual pertence.³⁴³

4.2. Consequências da resolução e da revisão do contrato

O art. 478 do Código Civil, ao contrário do dispositivo italiano que lhe serviu de inspiração, dispõe expressamente que os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato por onerosidade excessiva retroagirão à data da citação.³⁴⁴ Duas são as conclusões que emergem desse dispositivo.

Em primeiro lugar, é possível concluir que a excessiva onerosidade não opera automaticamente, sendo necessária manifestação judicial para a extinção do vínculo, ou seja, o contratante lesado, caso não haja concordância da contraparte, deverá ingressar em juízo e requerer expressamente a resolução do contrato para se ver livre da obrigação supervenientemente onerosa.³⁴⁵ Conforme aduz Enrico Gabrielli, “a excessiva onerosidade

³⁴² Gustavo TEPEDINO, *A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento Firmados à Época do chamado Plano Cruzado*, cit., p. 82.

³⁴³ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 72.

³⁴⁴ No direito italiano, a resolução dos contratos por excessiva onerosidade possui efeitos retroativos entre as partes, como se o contrato jamais tivesse sido celebrado, salvo no caso dos contratos de execução continuada ou periódica, nos quais os efeitos da resolução não se estendem às prestações já executadas (art. 1.458 do Código Civil Italiano). Sobre o assunto, confirmam-se os comentários de Carlo G. TERRANOVA: “La pronuncia di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, stante il rinvio fatto dall’art. 1467, comma 1º, ult. parte, c.c., al precetto dell’art. 1458 c.c., ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, rispetto ai quali, non estendendosi l’effetto risolutivo alle prestazioni già eseguite, si ha una retroattività limitata nel tempo, ben comprensibile in ragione della completa autonomia sinallagmatica delle coppie di prestazioni reciproche” (*L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 212).

³⁴⁵ “É igualmente necessário que o postulante exija em Juízo a resolução do contrato. Mesmo em caso de extrema onerosidade, é vedado ao queixoso cessar pagamentos e proclamar diretamente a resolução. Terá de ir à Justiça, e esta deverá apurar com rigor os requisitos de aplicação da teoria revisionista” (Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 142). V. tb. Silvio de Salvo VENOSA, *Direito Civil*, vol. II, São Paulo: Atlas, 2005, p. 158. Note-se, no entanto, que, por óbvio, sempre é possível que o credor concorde com o pleito do devedor afetado pela excessiva onerosidade e aceite resolver ou rever o contrato antes da instauração de processo judicial.

torna o contrato resolúvel, mas não o resolve”³⁴⁶ e, portanto, a sentença que reconhece a excessiva onerosidade possui efeitos constitutivos, embora retroativos até o momento da citação.³⁴⁷ Em segundo lugar, a resolução ou revisão do contrato não abrange as prestações exigíveis (adimplidas ou não) antes da citação da parte ré no processo judicial.³⁴⁸

A solução eleita pelo Código Civil, embora tenha por finalidade garantir a segurança jurídica na verificação das hipóteses de excessiva onerosidade, não é das melhores. Em primeiro lugar, a determinação do art. 478, na prática, obriga os contratantes a recorrerem ao judiciário em toda e qualquer hipótese de excessiva onerosidade e exige que eles o façam o mais rápido possível, já que as obrigações vencidas antes da citação da contraparte não poderão ser resolvidas ou revistas, o que desestimula (ou mesmo inviabiliza) soluções amigáveis previamente à instauração do conflito. Há casos, contudo, que o recurso ao Poder Judiciário seria desnecessário já que é possível que o outro contratante, conhecendo a situação de excessiva onerosidade de seu parceiro, concordasse com a resolução ou revisão do vínculo independentemente de constrangimento judicial.

Dito por outras palavras, a solução eleita pelo Código desestimula qualquer tipo de negociação prévia entre os contratantes na medida em que exige que a parte afetada recorra imediatamente ao Poder Judiciário, sob pena de, mesmo sendo confirmada a incidência dos requisitos da excessiva onerosidade, ser obrigado a arcar com as prestações vencidas antes da citação do credor. O contratante que não ingressa imediatamente com a ação de resolução ou revisão contratual, acreditando na possibilidade de alcançar um resultado positivo por meio de tratativas extrajudiciais com a outra parte, corre o risco de, frustradas as negociações, ser obrigado a arcar com todas as prestações vencidas durante esse período de negociações prévias

³⁴⁶ Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 68: “L’ambito entro il qual la volontà delle parti di risolvere il contratto si manifesta e si muove è dunque quello del giudizio e lo strumento è quello dell’azione, cioè della domanda giudiziale: l’onerosità infatti rende il contratto risolubile, mas non lo risolve”.

³⁴⁷ Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*, cit., p. 726; Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 213.

³⁴⁸ “As prestações efetuadas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas, mesmo comprovada a alteração no quadro econômico, porque a *solutio* espontânea do devedor produziu os seus efeitos naturais. Como, porém, não é possível ao contratante cessar pagamento ou recebimento, a pretexto de onerosidade excessiva, pois que a intervenção na economia do contrato é obra da Justiça, as prestações dadas ou recebidas na pendência da lide estarão sujeitas a modificação na execução da sentença que for proferida. Se o não fossem, o princípio de justiça estaria ferido, uma vez reconhecida a onerosidade excessiva e mesmo assim proclamada a intangibilidade da prestação realizada. Demais disso, a lentidão do processo judicial poderia dar num resultado contraditório, vindo a sentença a decretar a resolução por aplicação da teoria no momento em que o contrato já estivesse com o seu curso de efeitos encerrado” (Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., pp. 141-142). No mesmo sentido: Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*, cit., p. 726, segundo o qual o fato de o art. 478, *in fine* determinar que os efeitos da sentença serão *extunc*, retroagindo à data da citação, significa a permanência das “prestações já cumpridas, ou exigíveis até semelhante oportunidade”. V. tb. Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 150; Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 151-152.

à eventual instauração de processo judicial. Nesse mesmo sentido, confirmam-se as considerações de Araken de Assis:

“A demanda judicial cobra seu alto custo, quer das partes, através da antecipação de despesas, quer da sociedade, pois mobiliza a jurisdição – serviço público prestado pelo Estado – talvez necessariamente. E, de fato, concebe-se que o outro figurante, conhecendo a real situação de seu parceiro, alterada pelo advento do fato superveniente, não se objete contra desfazimento do contrato ou adequação, hipótese divisada no art. 479. Apesar de o figurante lesado pleitear e obter provimento antecipatório, para a finalidade de o desonerar da prestação gravosa ou adequá-la à nova realidade, no curso do processo, o tempo de duração da demanda é indefinida e amarra os figurantes a um mecanismo de desfecho imprevisível de antemão. Neste passo, o projeto do diploma civil em vigor, carregando à autoridade judiciária a resolução dos problemas, em vez de confiar na autonomia das partes, evidencia toda sua vetustez. A solução preferível residiria na possibilidade de o interessado resolver o contrato mediante declaração à contraparte, cabendo a esta, de seu turno, propor a adequação, não se conformando com a dissolução do negócio, e decidindo o órgão judiciário, por iniciativa de qualquer delas, na falta de acordo”.³⁴⁹

Por tais razões, melhor seria se o Código Civil houvesse adotado, por exemplo, a solução prevalente hoje na Alemanha segundo a qual, para a resolução do contrato, basta que a parte afetada pela excessiva onerosidade informe extrajudicialmente à contraparte. Caso as partes não entrem em acordo sobre a resolução ou revisão do vínculo, aí sim seria possível o recurso ao Poder Judiciário, que verificará a presença dos requisitos da excessiva onerosidade e a melhor solução a ser adotada no caso concreto.³⁵⁰ Outra solução possível e mais adequada aos tempos atuais seria aquela adotada pelos “UNIDROIT Principles”, os quais determinam que, no caso de *hardship*, surge inicialmente à parte afetada pela alteração das circunstâncias o direito de renegociar o contrato. Apenas no caso de fracasso nas negociações pode uma das

³⁴⁹ Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*, cit., pp. 724-725. Em sentido semelhante, v. a lição de Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 68, Lisboa: Imprensa Oficial, 1957, p. 370.

³⁵⁰ O inteiro teor do §313 do BGB, que regula o instituto da superveniência no direito alemão, encontra-se transcrito no item 1.1.2, acima.

partes recorrer ao Judiciário, cujo pronunciamento retroagirá, em regra, até a data do evento superveniente.³⁵¹

Além disso, o fato de o Código Civil definir a citação como o marco temporal inicial dos efeitos da excessiva onerosidade acarreta como consequência a impossibilidade de revisão ou resolução das prestações já cumpridas, ou exigíveis até semelhante oportunidade (citação).³⁵² Por outras palavras, tendo em vista que os efeitos da excessiva onerosidade no direito brasileiro não são automáticos (sendo necessário que o prejudicado requeira em juízo a revisão ou resolução do contrato ou, ao menos, que a outra parte concorde com a modificação ou extinção do contrato) e que eles retroagem apenas à data da citação, eventuais obrigações vencidas após a ocorrência do evento superveniente, mas antes da citação da contraparte, devem ser adimplidas, sob pena de mora.

Como já esclarecido no item 2.5.2 acima, o contratante que se encontrava em mora quando da superveniência do acontecimento que gerou a excessiva onerosidade, não pode se valer de tal instituto. Se, no entanto, a parte afetada não se encontrava em mora quando ocorreu referido acontecimento mas posteriormente incorre neste estado justamente por força da excessiva onerosidade decorrente do fato posterior, pode ela se valer dos remédios da excessiva onerosidade, mas isso não evita os efeitos da mora no que tange às obrigações vencidas *antes* da citação do credor, respondendo o devedor pelo dano provocado à outra parte pela demanda tardia.³⁵³

Tome-se o exemplo de um contrato de fornecimento mensal de um determinado produto no qual um evento superveniente ocorrido no mês de março tornou excessivamente onerosas as prestações contratuais a serem adimplidas a partir de abril. O devedor, por força da excessiva onerosidade superveniente, deixa de adimplir as prestações de abril e maio, mas apenas no mês

³⁵¹ Os dispositivos dos “UNIDROIT Principles” destinados a regular o instituto do *hardship* foram transcritos na nota 309, acima.

³⁵² Defendendo a opção do Código Civil de retroatividade da sentença que confirma a excessiva onerosidade até a data da citação, confirmam-se as palavras de Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE: “Nem se poderia cogitar que em contratos de duração os efeitos retroagissem para além da citação. Sob o ponto de vista prático, o retorno a um *status quo* anterior em contratos de duração tornar-se-ia não apenas dificultosa, como impraticável, pois as prestações e contraprestações, ainda que *sub judice*, já tiveram sua culminação. Os efeitos *ex tunc*, portanto, hão de ser limitados à data da citação (*Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 152). No mesmo sentido, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 63; Laura Coradini FRANTZ, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 146.

³⁵³ “Conforme já se observou, o inadimplemento anterior à ocorrência do evento imprevisível obsta a invocação do art. 478, primeira parte, respondendo o devedor pelo gravame imputável ao descumprimento. Em outras palavras, tivesse o devedor cumprido no tempo previsto, encontrar-se-ia protegido dos efeitos perversos do ulterior evento imprevisível. De outro lado, o inadimplemento posterior ao acontecimento imprevisível não inibe o uso do remédio resolutivo, mas não evita os efeitos da mora, respondendo o figurante pelo dano provocado à outra parte pela demanda tardia” (Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*, cit., p. 725).

de junho ingressa em juízo (e cita o credor) exigindo a revisão ou a resolução do contrato. Como os efeitos da revisão ou da resolução do contrato retroagem apenas até a data da citação, mesmo com a confirmação judicial em relação à existência dos requisitos de aplicação da excessiva onerosidade, deverá o fornecedor adimplir as obrigações vencidas em abril e maio, cumuladas com os encargos decorrentes da mora.

Em razão disso, o devedor de boa-fé, afetado pela superveniente excessiva onerosidade, a fim de evitar a configuração de uma situação de inadimplemento, deve ajuizar a ação cabível o mais rápido possível (com os inconvenientes já apontados acima relativos à inviabilização de negociações prévias), sob pena de ser obrigado a arcar com as obrigações vencidas antes da citação do credor, mesmo que excessivamente onerosas.

No que tange às obrigações vencidas no curso da ação, posteriormente à citação do réu, a situação do devedor atingido pela excessiva onerosidade permanece particularmente difícil. Conforme aduz Julio Alberto DÍAZ, “se ele deixa de cumprir, assume o risco, em caso de rejeição da ação de resolução, de ter que responder por perdas e danos. Se continuar cumprindo, poderá pedir a restituição da mercadoria entregue, por exemplo, mas não poderá exigir ressarcimento das perdas e danos sofridos na produção ou entrega de mercadorias na condição de extrema onerosidade”.³⁵⁴ Por tal razão, para evitar tais riscos e eventuais prejuízos decorrentes da demora do processo, é possível que o autor da ação requeira em juízo provimento de urgência para a suspensão imediata das obrigações contratuais.³⁵⁵

Assim sendo, a sentença que proferir a resolução do contrato apresentará dois efeitos: um liberatório, isentando as partes das obrigações ainda não exigidas, e outro restitutivo, relativo a prestações eventualmente pagas a maior no curso do processo, após a citação.³⁵⁶

³⁵⁴ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 213.

³⁵⁵ Antonio Junqueira de Azevedo, *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentada para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, cit., p. 194; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., pp. 206-207.

³⁵⁶ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 213; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 208. Não obstante a expressa disposição legal, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ocorrido antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, se manifestou a respeito da questão, entendendo ser preferível a alternativa de pagar e pedir a revisão a não pagar e submeter-se às dificuldades que decorrem da inadimplência: “Contratos bancários. Contrato de adesão. Revisão. Continuidade negocial. Contratos pagos. O fato de o obrigado cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão não o impede de vir a Juízo discutir a legalidade da exigência feita e que ele, diante das circunstâncias, julgou mais conveniente cumprir. Se proibida a sua iniciativa, estará sendo instituída, como condição da ação no direito contratual, a de ser inadimplente, o que serviria de incentivo ao descumprimento dos contratos. Além disso, submeteria o devedor à alternativa de pagar e perder qualquer possibilidade de revisão, ou não pagar e se submeter às dificuldades que sabidamente decorrem da inadimplência. Recurso conhecido e provido. (...) Não é pelo fato de cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão que o obrigado fica proibido de discutir a legalidade da exigência que lhe foi feita e que ele, diante das circunstâncias que avaliou, julgou mais conveniente e prudente cumprir, para depois vir a Juízo discutir a legalidade da exigência. Se não for assim, estará sendo instituída uma nova condição da ação no direito contratual: ser inadimplente. O princípio, se aceito, seria um incentivo ao descumprimento dos contratos, erigido

Destaque-se, no entanto, que o sentido da disposição legal é o de manter inatingíveis as obrigações *reciprocamente* cumpridas antes da citação e não aquelas que apenas uma das partes cumpriu, restando ainda pendente o cumprimento da contraprestação.³⁵⁷ Nesse caso, eventual resolução do contrato terá como consequência a determinação de restituição da obrigação adimplida por uma das partes antes da citação, sob pena de flagrante enriquecimento sem causa.

Seria o caso, por exemplo, de um contrato de compra e venda com execução diferida no qual a parte A, previamente à ocorrência do evento superveniente, adimple sua obrigação (pagamento do preço). No entanto, antes do momento acordado de adimplemento da parte B, advém evento imprevisível e extraordinário que torna sua prestação (entrega da coisa) excessivamente onerosa. Nessa hipótese, por óbvio, eventual sentença de resolução do contrato terá como efeitos a liberação da parte B relativamente à sua obrigação de entrega da coisa e também a determinação de restituição da quantia paga pela parte A, não obstante consistir em prestação adimplida anteriormente à citação.

A resolução prevista no Código Civil para os casos de excessiva onerosidade não se confunde com as hipóteses de resolução por inadimplemento na medida em que, em regra, não confere ao credor o direito de exigir qualquer tipo de indenização a título de perdas e danos.³⁵⁸ Note-se, no entanto, que parcela da doutrina defende que as perdas e danos decorrentes de fatos geradores ocorridos posteriormente à citação são suscetíveis de indenização.³⁵⁹ Seria a hipótese, por exemplo, de o réu consumir ou deteriorar o bem objeto do contrato após a citação. Nesse caso, conforme afirma Julio Alberto Díaz, o réu “assume o risco de ter que responder em caso de que seja decretada a resolução”.³⁶⁰

Outra questão extremamente controversa diz respeito à possibilidade de alegação de excessiva onerosidade na forma de mera exceção material³⁶¹ por parte do devedor demandado

em condição de acesso ao Judiciário. Além disso, submeteria o devedor à alternativa de pagar e perder qualquer possibilidade de revisão, ou não pagar e se submeter a todas as dificuldades que decorrem da inadimplência” (STJ, REsp 293.778/RS, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 29.5.2001).

³⁵⁷ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 213: “É importante enfatizar, porém, que o sentido da disposição legal é o de manter intangíveis as obrigações reciprocamente cumpridas antes da citação (como seria o pagamento de aluguel em relação aos meses em que se ocupou o imóvel), e não em relação àquelas em que uma das partes cumpriu e a outra encontra-se pendente de execução”.

³⁵⁸ Nesse diapasão: “A onerosidade excessiva é causa de *resolução* que se aproxima muito mais da inexecução involuntária do que da voluntária. Como aquela, não dá lugar a perdas e danos, de modo que não faz jus a qualquer indenização a parte que teria vantagem com a execução do contrato. O outro contratante exonerou-se de suas obrigações como se seu cumprimento se tornara impossível” (Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 219).

³⁵⁹ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 213; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 209.

³⁶⁰ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 213.

³⁶¹ “Em sentido material, exceção relaciona-se com a pretensão (essa relação entre os institutos é fundamental para a sua compreensão), sendo um direito de que o demandado se vale para opor-se à pretensão, para neutralizar-lhe a eficácia – é uma situação jurídica quer a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão (situação jurídica ativa), espécie de contradireito do réu em face do autor: é uma pretensão

em razão de inadimplemento ou se seria necessário que a excessiva onerosidade fosse deduzida mediante uma específica demanda, seja em via principal, seja em via reconvenção. Dito por outras palavras, questiona-se em doutrina se o devedor afetado pela alteração superveniente das circunstâncias poderia, mesmo não tendo ajuizado a ação cabível (de resolução ou de revisão do contrato), se valer da alegação de excessiva onerosidade para justificar seu inadimplemento em eventual ação ajuizada pelo credor para exigir a prestação ou cobrar as perdas e danos.

Na Itália, a posição prevalente atualmente em doutrina e jurisprudência é aquela que exige que a excessiva onerosidade superveniente seja alegada mediante demanda específica, rejeitando a possibilidade de sua utilização como exceção material.³⁶² Tal parece ser também a melhor solução a ser aplicada no sistema brasileiro. Isso porque a possibilidade de utilização da excessiva onerosidade como exceção acabaria por acarretar uma espécie de fraude aos efeitos legalmente previstos para a teoria da imprevisão. Conforme já mencionado, a excessiva onerosidade não opera seus efeitos automaticamente, sendo necessária pronúncia do Poder Judiciário. Além disso, os efeitos da resolução ou da revisão do contrato, por expressa previsão legal, retroagem apenas ao momento da citação da contraparte.

Em razão disso, caso se permitisse que o devedor inadimplente se valesse da excessiva onerosidade para justificar e afastar os efeitos do inadimplemento, se estaria admitindo por via transversa que a excessiva onerosidade operasse seus efeitos anteriormente à citação (em relação especificamente ao momento em que ocorreu o inadimplemento) e independentemente de manifestação judicial. No sistema legal brasileiro, é ônus do devedor afetado pela excessiva onerosidade ingressar em juízo com vistas a resolver ou rever o contrato supervenientemente desequilibrado.

É possível, no entanto, que a excessiva onerosidade seja arguida por meio de reconvenção, mas nesse caso seus efeitos seriam limitados apenas às obrigações vencidas após

que se exerce como contraposição à outra pretensão” (Fredie DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, Ed. Jus Podivm, 2008, pp. 469-470).

³⁶² Sobre o tema, vejam-se as considerações de Enrico GABRIELLI: “Un primo orientamento favorevole alla deducibilità in via di eccezione dell’onerosità sopravvenuta si è infatti espresso nel senso che ‘il debitore può, al solo scopo di ottenere il rigetto della domanda proposta nei suoi confronti, eccepire in giudizio l’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione’. Secondo l’orientamento contrario, ed oggi prevalente, l’eccessiva onerosità sopravvenuta può essere invocata soltanto a fondamento di una domanda di risoluzione, ai sensi dell’art. 1467 c.c., e non quale a mera eccezione per contrastare l’altrui richiesta di adempimento, in quanto diretta al conseguimento di una pronuncia esorbitante dal mero rigetto della domanda di adempimento” (*L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 71). O autor cita ainda diversos precedentes da Corte de Cassação que adotaram o posicionamento citado. No mesmo sentido: “L’eccessiva onerosità deve essere dedotta mediante una specifica domanda, tanto in via principale, quanto in via riconvenzionale dal debitore convenuto nel giudizio promosso dall’altro contraente per l’esecuzione del contratto. Si ritiene pertanto che tale domanda non può ritenersi tacitamente proposta o virtualmente contenuta né in una domanda di risoluzione per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione, né in una domanda di risoluzione per inadempimento, di cui non si condividono i medesimi presupposti di fatto” (Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 211).

a intimação da contraparte e, portanto, não serviria como justificativa aos inadimplementos anteriores. Conforme já exposto, embora o inadimplimento posterior à incidência do evento imprevisível e extraordinário não impeça que a parte afetada utilize dos remédios da excessiva onerosidade, isso não evita os efeitos da mora no que tange às obrigações vencidas *antes* da citação do credor, respondendo o devedor pelo dano provocado à outra parte em razão da demanda tardia, razão pela qual é recomendável que o devedor em excessiva onerosidade ingresse em juízo assim que possível.

Diante disso, é possível concluir que a excessiva onerosidade no direito brasileiro, tal qual no sistema italiano, não é prevista como causa de extinção automática da obrigação (como são as hipóteses de impossibilidade superveniente em razão de caso fortuito e força maior – art. 393 do Código Civil), nem como causa de legítima recusa ao adimplemento (como é o instituto da exceção do contrato não cumprido – art. 476 do Código Civil).³⁶³ Por tal razão, deve a resolução ou revisão contratual por excessiva onerosidade ser objeto de demanda específica, seja por meio de uma ação principal, seja através da via reconvenicional.

4.3. A oferta de modificação equitativa do contrato (art. 479 do Código Civil)

O artigo 479 do Código Civil dispõe que a parte em relação a qual é demandada a resolução do contrato por excessiva onerosidade pode evitá-la oferecendo-se a modificar equitativamente as condições do contrato.³⁶⁴ Trata-se novamente de dispositivo inspirado na codificação italiana, mais especificamente no artigo 1.467/3, que também prevê a possibilidade que o réu na ação de resolução por excessiva onerosidade impeça a extinção do vínculo caso ofereça a possibilidade de modificação do contrato de forma a sanar seu desequilíbrio.³⁶⁵

Muito já se discutiu na doutrina italiana acerca da natureza da oferta de modificação equitativa do contrato supervenientemente desequilibrado, tendo sido formuladas diversas teorias sobre o tema, que se dividem essencialmente acerca da natureza processual ou substancial desse instituto, também conhecido como *reductio ad aequitatem*.³⁶⁶

Sob o ponto de vista processual, existem dois entendimentos básicos acerca da oferta de modificação equitativa do contrato: (i) alguns autores atribuem à oferta a natureza de “exceção

³⁶³ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 216.

³⁶⁴ Art. 479 do Código Civil: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

³⁶⁵ Art. 1.467/3 do Código Civil Italiano: “La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

³⁶⁶ Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 337; Stefano D'ANDREA, *L'offerta de equa modificazione del contratto*, cit., pp. 79 e ss; Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 73.

substancial-impeditiva”, ou seja, um direito do réu de neutralizar o direito do autor à resolução do contrato; (ii) outros entendem se tratar de uma verdadeira “reconvenção” ou “pedido contraposto” que, em caso de êxito, acarretará a improcedência da demanda autoral e a substituição do contrato originário pelo contrato modificado.³⁶⁷

Ambas as posições estão sujeitas a críticas. Em primeiro lugar, a oferta de modificação equitativa do contrato não parece se tratar de uma exceção substancial já que, ao contrário do que ocorre nas exceções substanciais, a oferta prevista no artigo 478 do Código Civil não nega a existência do fundamento da ação proposta pelo autor (a excessiva onerosidade da prestação), mas antes o pressupõe.³⁶⁸

Não poderia ter também a natureza de reconvenção ou de pedido contraposto na medida em que não se mostra possível que o réu apresente a oferta separadamente em outro juízo.³⁶⁹ Além disso, no caso da excessiva onerosidade, o acolhimento do pedido do réu de modificação equitativa do contrato determina automaticamente a rejeição do pedido do autor de resolução do contrato. Na reconvenção, eventual procedência do pedido do réu reconvincente não acarreta a automática exclusão do pedido do autor, sendo perfeitamente possível que o juiz acolha ambos os pedidos.³⁷⁰

Do ponto de vista substancial, sustentam-se na doutrina italiana as seguintes posições acerca da natureza jurídica da *reductio ad aequitatem*: (i) seria ela uma hipótese de condição resolutiva do procedimento judicial de resolução do contrato;³⁷¹ (ii) se trataria de exercício de uma *facultas solutionis*, que possibilitaria que o réu optasse, no lugar da restituição das

³⁶⁷ As principais posições da doutrina italiana encontram-se resumidas em Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 182 e ss. V. tb. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., pp. 167 e ss.

³⁶⁸ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 183. No mesmo sentido, Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 146.

³⁶⁹ Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 168; Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 183.

³⁷⁰ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 146-147; Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 183; Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 168. Veja-se, nessa mesma direção, a opinião de Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*, cit., pp. 730-731: “Do exposto se pode concluir que o direito atribuído no art. 479 ao réu da demanda resolutiva extravasa a ideia de exceção substancial, pois não conduz à rejeição pura e simples do pedido formulado pelo autor; ao contrário, o juiz desacolherá o pedido do autor na medida em que acolher o do réu, por sua vez subordinado ao fato de a modificação pretendida reconduzir o contrato à equivalência original. Também não se enquadra bem no gabarito de reconvenção. O juiz não emitirá um provimento formalmente único (art. 318 do CPC), mas substancialmente diferente, julgando a um só tempo ação e reconvenção, entidades separadas eventualmente reunidas *in simultâneo processu*. (...) E, de fato, a procedência da reconvenção não implica a improcedência da ação e vice-versa. Ora, na hipótese do art. 479 o acolhimento da oferta do réu, admitindo os pressupostos da onerosidade excessiva, fatalmente importará a rejeição do pedido resolutivo, porque subsistirá o contrato afetado pelo evento imprevisível”.

³⁷¹ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 183.

prestações recebidas, por uma prestação diversa que restabeleça o equilíbrio contratual, mesmo após a determinação de resolução do contrato;³⁷² (iii) ou, ainda, a oferta consistiria em hipótese de *ius variandi*, que permitiria que o réu unilateralmente corrigisse o contrato.³⁷³

Tais posições também não se encontram imunes a críticas. A teoria da natureza de condição resolutiva é severamente criticada na medida em que subordina a sorte do contrato unicamente à oferta, olvidando-se do decisivo papel desempenhado pelo juiz na hipótese do artigo 479. A teoria da *facultas solutionis*, por sua vez, além de também ignorar o papel do juiz da resolução da questão, pressupõe que a oferta seja entendida como uma hipótese de adimplemento que poderia ser efetivada a qualquer momento (mesmo após a prolação da sentença de resolução do contrato), o que não se admite.³⁷⁴ Já a teoria do *ius variandi* é combatida na medida em que propugna pela existência de um direito potestativo do réu de modificação do contrato, em relação ao qual o autor, em posição de sujeição, não poderia se opor.³⁷⁵

Diante disso, Carlo G. Terranova sustenta que a oferta de modificação equitativa do contrato seria, a rigor, um instituto *sui generis* consubstanciado em uma “declaração unilateral de vontade, negocial e receptícia, contida num ato processual, dirigida à formação, ou mediante aceitação da parte adversa ou, em caso de rejeição, mediante confirmação de idoneidade da proposta pelo juiz, de um regulamento modificativo do conteúdo contratual originário”.³⁷⁶ A oferta de modificação equitativa do contrato, assim sendo, não pode ser qualificada como de natureza puramente material ou puramente processual, já que, quando não aceita pela parte contrária, perde seus contornos negociais e assume o caráter de uma verdadeira demanda judicial, a qual o juiz é encarregado de avaliar e decidir.³⁷⁷

Dito diversamente, a oferta prevista no artigo 479 do Código Civil não necessariamente exige a existência de um processo judicial, podendo perfeitamente ser operacionalizada

³⁷² Sobre a teoria que qualifica a oferta de modificação equitativa do contrato como uma espécie de *facultas solutionis*, confira-se a lição de Stefano D’ANDREA: “La prima teoria qualifica l’offerta di modificazione del contratto come atto di esercizio di una *facultas solutionis*. Il convenuto in un giudizio di rescissione, che sia risultato soccombente, ‘può liberarsi dal vincolo che nasce a suo carico per effetto della rescissione effettuando, in luogo della restituzione della cosa’, ‘una prestazione che ristabilisca l’equilibrio contrattuale’” (*L’offerta de equa modificazione del contratto*, cit., p. 209).

³⁷³ Francesco MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano: Giuffrè, 1952, pp. 566 e ss.

³⁷⁴ Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., pp. 167-168.

³⁷⁵ Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 183-184.

³⁷⁶ Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 184-185. Em sentido semelhante Paolo TARTAGLIA sustenta que a oferta de modificação equitativa do contrato seria, no plano substancial, uma declaração de vontade unilateral e receptícia e, no plano processual, uma figura *sui generis* que não possui correspondência precisa e direta em um instituto processual específico, mas apresenta elementos característicos tanto de exceção como de reconvenção (Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 169).

³⁷⁷ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 147.

extrajudicialmente pelas partes, através de negociações anteriores ou exteriores ao processo, o que evidencia seu perfil substancial.³⁷⁸ No entanto, conforme sustenta Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso, se o artigo 479 servisse apenas para reiterar a possibilidade da parte ré oferecer extrajudicialmente ao autor modificações no contrato, o dispositivo seria desnecessário já que é sempre possível às partes, no decorrer de uma ação judicial na qual se discutem direitos patrimoniais de caráter privado, transacionarem sobre o objeto do litígio por meio de concessões recíprocas.³⁷⁹

O art. 479, portanto, só possui sentido se a oferta nele prevista puder também ser imposta pelo juiz à parte que demanda a resolução contratual, desde que se trate de uma proposta idônea a alterar equitativamente o contrato.³⁸⁰ A operatividade da modificação equitativa do contrato, portanto, prescinde da adesão da parte contrária, podendo igualmente produzir seus efeitos através de pronúncia judicial,³⁸¹ o que destaca seu perfil também processual e, assim, evidencia a natureza *sui generis* do instituto.³⁸² Na mesma direção, confira-se o posicionamento de Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke:

“(...) a redução do contrato não é proposta que pertença exclusivamente ao âmbito judicial. Bem ao contrário, ela pode ser exercida por negociações, por meio de notificações e contra-notificações. A ausência de consenso (seja nesse âmbito extrajudicial, seja durante um processo) pode transformá-la em requerimento dirigido ao juiz, pelo que a oferta será julgada por sua adequação. Daí que também, em segundo lugar não se possa falar de uma natureza puramente privada da oferta: quando da negativa da contra-parte, a proposta de *reductio* passa a integrar a causa de pedir, de modo a impor ao juiz que decida pela resolução ou pela

³⁷⁸ Sustenta-se, ainda, que o perfil substancial da oferta é confirmado, ainda, pelo dado textual da norma que prevê que o réu na ação de resolução do contrato pode “oferecer” (e não “demandar”) a modificação equitativa do contrato. Nesse sentido: Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 187; Stefano D'ANDREA, *L'offerta de equa modificazione del contratto*, cit., pp. 79 e ss.

³⁷⁹ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 129.

³⁸⁰ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 129.

³⁸¹ “(...) o oferecimento *ex art. 479* não depende tanto da vontade da contraparte, quanto do intrínseco conteúdo de equidade nele contido, e reconhecido pelo juiz. Reconhecida e declarada pelo juiz a justiça do oferecimento, nada poderá fazer o autor, a não ser aceitar as novas condições, ou desistir da ação e ficar com as antigas condições que pretendia objetar por excessivamente onerosas” (Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 210).

³⁸² Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 185.

modificação do contrato, não sem antes verificar se no caso concreto estão presentes os pressupostos da excessiva onerosidade”.³⁸³

Dessa forma, pode-se concluir que a oferta de modificação equitativa do contrato pode ser apresentada dentro ou fora do processo judicial. Sendo ela apresentada durante a ação de resolução do contrato por excessiva onerosidade e não tendo havido aceitação pela parte contrária, a oferta perde seu caráter original de proposta negocial e assume a natureza de uma específica demanda judicial, incumbindo ao juiz avaliar sua idoneidade e, nesse caso, determinar a revisão do contrato.³⁸⁴

Note-se que a apresentação em juízo da oferta de modificação equitativa do contrato prevista no artigo 479 do Código Civil não necessariamente significa reconhecimento pelo réu da procedência das razões do autor no que se refere à excessiva onerosidade superveniente das prestações contratuais, sendo perfeitamente possível que a oferta seja requerida em caráter subsidiário. Nesse caso, a análise da suficiência da oferta terá como pressuposto a prévia confirmação judicial acerca da existência da excessiva onerosidade superveniente no caso concreto.³⁸⁵

A doutrina controverte, ainda, acerca do momento limite de apresentação da oferta, existindo alguns autores que entendem que a oferta somente poderia ser proposta até o momento de apresentação da resposta no processo;³⁸⁶ outros defendem que a modificação equitativa do contrato poderia ser proposta a qualquer tempo, mesmo após a sentença, desde que não tenha havido ainda o julgamento definitivo do processo;³⁸⁷ e por fim, há aqueles que, em posição

³⁸³ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 148.

³⁸⁴ Por tal razão, a maior parte da doutrina afirma que a sentença que reconhece a suficiência da oferta realizada pelo réu nos termos do art. 479 possui natureza constitutiva modificativa dos termos contratuais. Nessa direção: Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 188; Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 337. Em sentido contrário, existem autores que, no caso da oferta de modificação equitativa do contrato, atribuem ao juiz um poder de mera averiguação da equidade das condições oferecidas e, dessa forma, concluem que a sentença possuiria caráter meramente declaratório, reconduzindo os efeitos modificativos do contrato à autonomia negocial. Nesse sentido, Augusto PINO, *La eccessiva onerosidade de la prestación*, cit., pp. 111-112: “Se trata de una declaración de mera confirmación, y la oferta, por cuanto es considerada por la doctrina como de naturaleza negocial, no da lugar a un nuevo negocio, en quanto limita su eficacia a rectificar las variaciones de valor de la prestación debida, y la sentencia, que afirma la exacta rectificación, hace desaparecer en el deudor el interés de proceder. Esta es la función de la oferta y de la sentencia, respectivamente”.

³⁸⁵ Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 82.

³⁸⁶ Nesse sentido, Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 175: “Antes de mais nada é preciso delinear o momento oportuno para que seja feito o oferecimento. Embora o Código nada diga, parece razoável optar-se pelo da contestação, pois é neste ato que o réu se encontra diante da alternativa de negar ou reconhecer a existência da onerosidade excessiva”. V. ainda: Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 210.

³⁸⁷ Esse é o posicionamento de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “A proposta pode acontecer a todo o tempo, desde a contestação e enquanto não definitivamente julgada a causa, pois a lei processual incumbe ao juiz conhecer dos fatos novos que influem na solução da lide, nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil (...). A regra

intermediária, afirmam que sua proposição seria possível somente até o momento de prolação da sentença.³⁸⁸

A oferta extrajudicial evidentemente, como qualquer tipo de negociação exterior ao processo, pode ser realizada a qualquer tempo, dependendo, no entanto, do consentimento da outra parte. Por outro lado, no que tange à oferta realizada no âmbito de um processo judicial – ou seja, aquela direcionada primeiramente ao autor da ação e, subsidiariamente, ao juiz –, o melhor entendimento é aquele que defende que esta somente poderá ser realizada até o momento de apresentação da resposta, tendo em vista as regras processuais relativas à preclusão.³⁸⁹

De fato, é preciso que tanto o autor como o juiz da ação tenham a possibilidade e a oportunidade de avaliar adequadamente a idoneidade da oferta, motivo pelo qual não parece razoável – seja por razões de economia processual seja em consideração à boa-fé que deve pautar a conduta das partes também no âmbito do processo – permitir que o réu apresente sua oferta ao final do processo, momento no qual a existência dos requisitos de aplicação da teoria da excessiva onerosidade no caso concreto já terá sido objeto de discussões e provas pelas partes.

No que tange ao conteúdo da oferta de modificação equitativa do contrato apresentada em juízo, discute-se na doutrina se o réu possui o ônus de formular uma oferta específica e determinada em seus principais elementos, ou se bastaria uma declaração genérica, por parte do réu, de disponibilidade de modificação do conteúdo, autorizando que o magistrado determine as novas condições do contrato, aptas a restabelecer a equidade do vínculo. A discussão não é

se aplica também em segundo grau. No caso, a oferta é manifestação modificativa que atua diretamente sobre a relação *sub judice*, pois o demandado tem o direito de impedir a resolução oferecendo a mudança equitativa das condições do contrato” (Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil: Da Extinção do Contrato* (Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA coord.), vol. VI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 934 e 935). Na jurisprudência, é possível encontrar precedente que admitiu, inclusive, que a oferta de modificação equitativa do contrato fosse exercida na fase de liquidação da sentença, ou seja, mesmo após seu trânsito em julgado (TJSP, Ap. Cív. 0001004-08.2006.8.26.0602, 2ª CDPri, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, julg. 27.11.2012).

³⁸⁸ V. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 169, embora o autor exponha os obstáculos processuais enfrentados por esse posicionamento, relativos notadamente ao princípio do duplo grau de jurisdição.

³⁸⁹ Veja-se, nesse sentido, a lição de Julio Alberto DÍAZ: “O Código não diz quando deverá ser feito o oferecimento, mas cabe deduzir que será ao contestar a ação. Nesse ato, o réu encontra-se frente à alternativa de negar ou reconhecer a existência da onerosidade excessiva. Neste último caso, terá novamente que optar entre, simplesmente, aceitar a resolução, ou tentar impedi-la através do seu oferecimento equitativo” (*A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 210). Na mesma direção: Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 175; Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 149-150, o qual, embora não especifique a apresentação da resposta como o momento processual mais adequado para a oferta de modificação equitativa do contrato, concorda que o não exercício da faculdade prevista no art. 479 do Código Civil configura, do ponto de vista processual, preclusão.

simples na medida em que envolve o nível de intervenção aceitável do poder judiciário na autonomia privada das partes.

O entendimento mais conservador exige que a oferta seja apresentada com seu conteúdo minuciosamente determinado pelo réu.³⁹⁰ O papel do juiz, nesse caso, seria restrito apenas a analisar a idoneidade ou não da oferta em restabelecer a equidade original da relação contratual e, diante disso, aceitá-la ou rejeitá-la.³⁹¹ As justificativas para esse posicionamento mais rigoroso se relacionam com a necessidade de se fornecer ao destinatário natural da oferta e ao juiz os elementos que permitam, ao primeiro, aceitar informadamente a oferta e, ao segundo, analisar a idoneidade da proposta.³⁹²

Além disso, defende-se, nessa perspectiva, que o princípio da autonomia privada exclui qualquer poder modificativo ou integrativo do juiz, ao qual seria permitido apenas determinar, na hipótese de desacordo entre as partes, a capacidade da oferta de reconduzir os termos do contrato à equidade. A exigência de uma oferta especificada em seus elementos principais, portanto, seria necessária para evitar uma intervenção discricionária do juiz no regulamento negocial.³⁹³

A opinião contrária, defensora da possibilidade de apresentação de uma oferta genérica de modificação equitativa do contrato, sustenta que o requerimento expresso de uma das partes tornaria plenamente admissível a intervenção integrativa do juiz, sem que se possa falar nesse caso de violação à autonomia privada.³⁹⁴ Além disso, aduz-se que seria injusto e irracional

³⁹⁰ É o que sustenta, por exemplo, Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 337: “Costituendo esercizio di un potere di modifica unilaterale della *lez contractus*, destinato cioè a produrre da sé l’effetto suo proprio e non attraverso un accordo o contratto delle parti in causa, è mestieri anzitutto che l’offerta sia compiutamente determinata, ossia dotata di ogni elemento o ragguaglio necessario a consentirne l’accoglimento da parte del giudice”. Na doutrina brasileira, confira-se a lição de Araken DE ASSIS: “No que tange ao conteúdo, sobreleva-se a necessidade de a oferta ser específica, séria e cônica, à semelhança da proposta. Ela pode envolver a modificação da prestação ou da contraprestação e qualquer outro aspecto do conteúdo do contrato. Não basta o réu atribuir ao juiz o poder de fixar livremente as novas condições do contrato. Do órgão judicial se espera, ao invés, que analise a idoneidade de as condições apresentadas pelo figurante reconduzirem à equivalência das prestações no contexto da álea normal do contrato” (Araken DE ASSIS *et alli*, *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*, cit., pp. 731-732). Também defendendo tal posicionamento, confira-se: Stefano D’ANDREA, *L’offerta de equa modificazione del contratto*, cit., pp. 261 e ss; Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosità Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., pp. 131 e ss. que sustenta não caber ao juiz adentrar na formulação de novas condições contratuais, podendo, quando muito, integrar minimamente a proposta de revisão, para que ela possa ser viável.

³⁹¹ No sentido do texto, confira-se a opinião de Augusto PINO, *La eccessiva onerosidade de la prestación*, cit., p. 111: “El demandado ofrece un *quid*, que el actor acepta o no acepta, en este último caso el juez, prescindendo de toda consideración subjetiva, de la mutación de las necesidades, y de los modificados intereses de las partes, se limita a establecer si, com aquella oferta, ha sido restablecido, o no, el equilibrio originario entre las prestaciones”. V. tb. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 169.

³⁹² Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 185.

³⁹³ Angelo DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, cit., pp. 136-137.

³⁹⁴ Carlo G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 191.

atribuir ao réu o risco de uma equivocada avaliação da modificação necessária para tornar o contrato novamente equânime, sob pena de resolução do vínculo.³⁹⁵

Conforme já exposto, o princípio da autonomia privada não é mais compreendido como um poder absoluto da vontade, sendo atualmente relativizado e funcionalizado à realização de outros princípios e valores constitucionais, tais como a função social e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse contexto, a revisão do contrato supervenientemente desequilibrado passa a ser entendida como um instrumento de preservação – não já de violação – da autonomia dos contratantes, capaz de promover uma perene revitalização do vínculo contratual, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência mais modernas têm defendido inclusive a possibilidade de propositura de ações revisionais, não obstante o teor literal do artigo 478 do Código.

Permitida a propositura de ações revisionais diretas pelo autor afetado pela onerosidade excessiva das prestações contratuais, sem que se exija a apresentação imediata de uma proposta específica de adaptação do contrato, não há motivo legítimo para que se imponha ao réu da ação de resolução o ônus de apresentar uma oferta específica de revisão, com o risco de sua rejeição em caso de inidoneidade. Dessa forma, a melhor exegese do artigo 479 do Código Civil é aquela que permite que o réu na ação de resolução se limite a manifestar sua contrariedade à resolução do contrato, remetendo ao juiz a determinação do conteúdo das modificações contratuais necessárias para reconduzir a avença à equidade, se aplicando aqui os mesmos argumentos que legitimam que o Poder Judiciário avalie e julgue ações revisionais por excessiva onerosidade superveniente do contrato.³⁹⁶

O réu na ação de resolução contratual por onerosidade excessiva pode, portanto, propor ele mesmo os termos da revisão do contrato ou pode remeter ao juiz a determinação do conteúdo do contrato adaptado, atribuindo ao magistrado nesse último caso a função de arbitrar os novos termos contratuais. Na primeira hipótese, quando os termos da revisão forem propostos pelo próprio réu, a oferta de modificação do contrato poderá consistir na redução da prestação a ser ainda cumprida pelo autor da ação, no aumento da contraprestação a ser paga pelo réu, na

³⁹⁵ Rodolfo SACCO, *Il contratto*, cit., p. 720.

³⁹⁶ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 211. Nessa mesma direção, no âmbito do direito italiano, Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 193-194, para quem “il convenuto in risoluzione, nell'esercizio della facoltà di disporre liberamente dei propri interessi, può sia rimettere al giudice la determinazione del contenuto delle modifiche da apportare al contratto per ricondurlo ad equità, sia proporre egli stesso il convenuto di dette modifiche”. O mesmo autor destaca, ainda, que tal interpretação é corroborada por determinadas decisões da Corte de Cassação italiana, que expressamente entenderam por retirar do réu da ação de resolução por onerosidade excessiva o ônus de apresentar uma oferta específica, com o risco de sua rejeição em caso de inidoneidade, atribuindo ao juiz o poder-dever de determinar ou integrar a oferta com base nos elementos objetivos já constantes no processo. V., ainda nesse sentido, Enrico GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 83 e ss.

modificação da forma de execução do contrato (prazos mais extensos, maior número de prestações, etc.) ou na alteração de qualquer outra disposição contratual relevante, que tenha como efeito sanar a excessiva onerosidade superveniente do contrato.³⁹⁷

No segundo caso, quando a determinação dos termos da revisão contratual for atribuída ao magistrado, deverá ele se basear em fatores objetivos constantes no processo.³⁹⁸ O fato de a parte interessada não ter apresentado uma proposta específica não impede que o magistrado, durante o processo, através de perícia ou da própria contribuição das partes, recolha dados objetivos (relacionados ao tipo contratual em discussão ao mercado no qual ele se insere) a serem utilizados na definição dos novos termos contratuais. Dessa forma, permite-se, inclusive, que as partes procedam a efetivo acompanhamento e controle do *iter* argumentativo utilizado pelo magistrado na definição das novas condições contratuais capazes de restabelecer a equidade contratual.

Por fim, ressalte-se que, para a oferta de modificação equitativa do contrato ser considerada idônea, basta que seu conteúdo seja suficiente a “reconduzir o negócio para dentro dos confins da álea ordinária que resultou concretamente superada, sem que seja necessário eliminar completamente a disparidade existente entre as prestações”,³⁹⁹ ou seja, não se mostra necessário que a oferta reestabeleça exatamente o equilíbrio entre as respectivas posições contratuais existente no momento da estipulação do contrato – o que deverá ser levado em consideração pelo julgador seja na hipótese em que uma proposta específica for apresentada pelo réu, seja no caso em que a função de determinar os novos termos contratuais for remetida ao magistrado.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil: Da Extinção do Contrato*, cit., p. 935; Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 211.

³⁹⁸ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 194.

³⁹⁹ Aldo BOSELLI, *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 337. No original: “Il suo contenuto deve quindi dirigersi ad eliminare il divario obiettivamente rilevabile fra i valori delle prestazioni mediante opportune modifiche o riduzioni le quali, mentre nel caso dell’art. 1467 possono incidere tanto sulla prestazione quanto sulla controprestazione, nel caso invece dell’art. 1468 non possono incidere sulla prestazione dell’onerato. In ogni caso è però da ritenere sufficiente alla riduzione del contratto ad equità che la modificazione offerta si limiti a ricondurre il negozio entro i confini dell’alea normale che risultarono in concreto superati, senza che occorra anche eliminare completamente il divario determinatosi fra le prestazioni”. Em sentido contrário, sustentando que a modificação equitativa idônea deve ser capaz de estabelecer o exato equilíbrio original entre as prestações, cf. Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 196; Stefano D’ANDREA, *L’offerta de equa modificazione del contratto*, cit., pp. 245 e 246.

⁴⁰⁰ Cf. Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 169: “A questo punto è opportuno precisare che l’offerta, per essere ritenuta idonea, non deve necessariamente prevedere il ripristino delle prestazioni nella loro entità originaria con l’eliminazione conseguente di ogni variazione successivamente verificatasi, ben potendo essere sufficiente l’attenuazione della onerosità della prestazione che ha creato lo scompenso dell’equilibrio originariamente voluto dalle parti”. Sobre o ponto, v. mais detalhadamente o item 4.4.2 abaixo.

4.4. Possibilidades e limites do juiz na aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade.

4.4.1 Situações possíveis e limites do juiz em relação aos princípios processuais da demanda e da congruência

As ações de resolução ou revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente podem assumir diferentes formulações no caso concreto. É possível distinguir tais possibilidades a partir do objeto do litígio e, com isso, estabelecer os limites atribuídos aos juízes nos julgamentos dos casos envolvendo a aplicação da teoria da excessiva onerosidade, principalmente em face do princípio processual da demanda ou inércia.⁴⁰¹

Ressalte-se, em primeiro lugar que, tratando-se de questão relativa eminentemente aos interesses privados das partes, a excessiva onerosidade não pode ser conhecida de ofício pelos magistrados.⁴⁰² Conforme afirma Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, as diversas hipóteses envolvendo a teoria da excessiva onerosidade “se processam em terreno limítrofe entre direito material e direito processual, porque se de um lado, por conta da instrumentalidade processual, as regras materiais firmam as possibilidades do julgador (dizendo o que deve ser feito ou priorizado: se a revisão ou se a resolução, se a reindexação ou se a renegociação), de outro a autonomia das partes e a judicialização de seus pedidos fixam os limites dentro dos quais ele há de se mover e exarar sua tutela jurisdicional”.⁴⁰³ Por tal razão, nesses casos, encontram-se os julgadores vinculados aos limites da demanda, os quais são estabelecidos pelos pedidos formulados pelas partes no âmbito do processo.

⁴⁰¹ O princípio da demanda ou princípio da inércia se encontra consagrado no art. 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Tal princípio proíbe que os juízes exerçam a função jurisdicional de ofício, ou seja, sem que haja a manifestação de uma pretensão por parte do titular de um interesse, ou seja, não pode haver exercício da jurisdição sem que haja uma demanda. Assim a atividade jurisdicional se dá se, e somente se, for provocado, quando e na medida em que o for. Nesse sentido, cf. Fredie DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, cit., pp. 397 e ss.

⁴⁰² Paulo R. Roque KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 123. Nesse mesmo sentido: “Antes de entrar na análise do regime de efeitos da teoria da imprevisão há que esclarecer um problema muito importante: será ou não necessário que a parte que se quer prevalecer da teoria da imprevisão invoque perante o outro contraente a modificação de circunstâncias que o impede de cumprir pontualmente? A solução deste ponto ressalta da simples consideração do princípio de que a imprevisão não deve actuar *ipso jure*, isto é, que, sendo concedida em benefício de um dos contraentes, há-de ser invocada por este para ser relevante. Este facto deve sempre ser tido em conta na definição do regime dos efeitos da imprevisão, pois é um dos aspectos que reputamos essencial” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 134).

⁴⁰³ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 137.

Diante disso, os magistrados, ao julgarem casos envolvendo a teoria da excessiva onerosidade, podem se encontrar basicamente em uma das seguintes possibilidades: *1ª Situação*: o autor requer a resolução contratual e o réu prefere a revisão; *2ª Situação*: o autor requer a revisão contratual e o réu prefere a resolução; *3ª Situação*: o autor pede a resolução, e o réu limita-se a alegar a ausência dos requisitos da teoria da imprevisão; *4ª Situação*: o autor pede a revisão, e o réu limita-se a alegar a ausência dos requisitos da teoria da imprevisão.⁴⁰⁴

A *1ª Situação* reflete a *fattispecie* prevista no artigo 479 do Código Civil. Nessa hipótese, o autor exige a resolução do contrato em razão da sua excessiva onerosidade superveniente e o réu, em sua resposta, manifesta sua vontade de manter o contrato, oferecendo-se para revê-lo. À luz dos princípios da demanda e da congruência, o julgador se encontra autorizado a tomar qualquer uma das duas providências possíveis – revisão ou resolução contrato – tendo em vista que ambas se inserem no objeto do processo.⁴⁰⁵

Nessa *1ª Situação*, existem, no entanto, duas possíveis variações. O réu pode apresentar uma proposta concreta ou se limitar a requerer a revisão do contrato, atribuindo ao juiz o poder de remodelar a avença de forma a restabelecer a equidade contratual. À luz do quanto exposto acerca da prioridade conferida pelo ordenamento à revisão do contrato, o magistrado deverá nessa hipótese privilegiar a revisão do contrato, abrindo-se antes oportunidade para que o autor seja ouvido sobre o requerimento do réu.

Na primeira hipótese, após ouvido o autor, deverá o magistrado se limitar a avaliar se a oferta de modificação equitativa feita pelo réu é capaz de restabelecer a equidade do contrato. Em caso positivo, o juiz determinará a revisão do contrato, passando a vigorar entre as partes as condições propostas pelo réu. Em caso negativo, confirmados os requisitos de aplicação da teoria da excessiva onerosidade, o juiz determinará a resolução do ajuste, com os efeitos já discutidos no item 4.2 acima.

O magistrado somente possui o poder de modificar ou integrar uma oferta concreta apresentada pelo réu quando as partes (ou, ao menos, uma delas) expressamente atribuírem a ele essa possibilidade.⁴⁰⁶ Poderá o julgador, então, aceitar *in integrum* a oferta de redução ou

⁴⁰⁴ Tal sistematização das situações possíveis nos casos envolvendo a excessiva onerosidade superveniente das prestações contratuais foi sugerida por Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 146.

⁴⁰⁵ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 146.

⁴⁰⁶ Em sentido contrário, Antonio Junqueira DE AZEVEDO, *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentada para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, cit., pp. 195-196, segundo o qual, mesmo na hipótese de o réu apresentar uma proposta concreta, reveste-se o juiz da liberdade de integrar a oferta realizada, caso as partes não cheguem a um acordo em relação ao seu *quantum*.

acolhê-la parcialmente, determinando, para este último caso, a revisão nas condições que, sob sua avaliação, restabelecem a equidade do contrato.

No segundo caso, quando não houver apresentação de uma oferta concreta pelo réu e a determinação dos termos da revisão contratual for atribuída ao magistrado, poderá ele mesmo rever o contrato, após avaliar e estabelecer as condições necessárias para extirpar a excessiva onerosidade da relação contratual. Conforme já exposto (item 4.3 acima), deverá o magistrado se basear em fatores objetivos constantes no processo, para que se permita que as partes procedam a um efetivo acompanhamento e controlem o *iter* argumentativo utilizado pelo magistrado na definição das novas condições contratuais capazes de restabelecer a equidade contratual.⁴⁰⁷

A *2ª Situação* também oferece ao julgador as possibilidades de resolver ou rever o contrato, mas nesse caso é o próprio prejudicado pela excessiva onerosidade superveniente – o autor da ação – que pleiteia a revisão do vínculo. Trata-se nessa situação de dar efetividade à tendência, discutida no item 4.1 acima, de priorizar a revisão do contrato e de permitir que se ajuízem ações revisionais, propondo desde o início a adaptação do vínculo. As ações revisionais diretas, como visto, são autorizadas em razão não apenas da incidência dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio entre as prestações, mas também da interpretação sistemática do ordenamento brasileiro e da aplicação analógica do art. 317 do Código Civil, que autoriza a propositura de demandas que visem à revisão da avença.

Tanto na *1ª Situação* como na *2ª Situação*, deve o julgador priorizar, sempre que possível, a revisão do ajuste, tendo em vista a já mencionada vocação do ordenamento jurídico brasileiro pela conservação dos negócios jurídicos.⁴⁰⁸ Apenas nas hipóteses em que revisão não seja possível, seja por implicar o desfazimento das necessidades-utilidades do vínculo a um ou a ambos os contratantes seja por se encontrar fora dos limites razoáveis de intervenção do poder

⁴⁰⁷ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 194.

⁴⁰⁸ Nesse diapasão: “Conforme afirmado anteriormente, parece clara a vocação do regime geral pela preservação do negócio jurídico. Ora, se a outra parte pede que as condições do contrato sejam alteradas de forma que façam face à onerosidade excessiva superveniente, por que motivo o contratante lesado se recusaria à manutenção do vínculo contratual? Se, com a modificação da cláusula atingida pelo fato superveniente, o contrato cuja execução se tornara excessivamente onerosa deixasse de conter tal patologia, a oposição da parte lesada à continuidade do vínculo contratual não pode sobrepor-se à da outra parte com a qual ela já mantinha um vínculo. A conduta negativa da parte implicaria pretender desvincular-se arbitrariamente. Essa conduta, sim, ofenderia o princípio da boa-fé, que impõe ao devedor e ao credor a colaboração um com o outro para a consecução do fim do contrato. Um contrato que precocemente é extinto não está a cumprir o seu fim econômico e social, ou seja, a modificação ou ‘adaptação do contrato, deve normalmente, ter primazia sobre a morte (resolução) deste’” (Paulo R. Roque KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 123). Cf. tb. Antonio Pinto MONTEIRO e Júlio GOMES, *A Hardship Clause (Breve Apontamento)*, Porto: Juris et Jure, 1998, pp. 18 e ss.

judiciário, deverá o julgador decretar a resolução do vínculo. Conforme sustenta Judith Martins-Costa:

“(...) não cabe a revisão (cabendo, ao contrário, a resolução) se a modificação acabar com o contrato enquanto regulação de interesses privados dotada de um sentido objetivamente compreensível. Em suma: a revisão terá como limite, sempre, a possibilidade de o contrato, como veste jurídica de uma operação econômica, fazer sentido conforme o seu tipo, concretamente considerado e consoante às legítimas expectativas concretamente consideradas”.⁴⁰⁹

A 3ª Situação e a 4ª Situação, por sua vez, são resolvidas unicamente pelo princípio da demanda: como a excessiva onerosidade não é matéria que pode ser conhecida de ofício, o juiz não poderá revisar um contrato se as partes só controverteram quanto à sua resolução,⁴¹⁰ e não poderá resolvê-lo se os litigantes só se manifestaram acerca da revisão do ajuste.⁴¹¹ Na 3ª Situação, na qual há apenas o requerimento do autor pela resolução do contrato, deve o magistrado resolver o contrato se verificados os requisitos de aplicação da teoria da onerosidade superveniente. Em caso negativo, deve o magistrado determinar a manutenção do vínculo nos exatos termos em que se encontra.⁴¹²

O não exercício, por parte do réu, da faculdade prevista pelo art. 479 do Código Civil, sob o ponto de vista do direito material, gera a presunção “que a revisão não está nos seus

⁴⁰⁹ Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 167.

⁴¹⁰ Maria Antonieta Lynch DE MORAES, *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, cit., p. 225.

⁴¹¹ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 149.

⁴¹² Nesse sentido, Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., pp. 192-193: “Imaginemos, pois, o devedor que ingressa com ação com base na teoria da imprevisão pedindo apenas a resolução da avença, com base no artigo 478. Em sua contestação, embora a lei lhe faculte evitar a resolução, o réu apenas nega a existência da imprevisão, aduzindo para isso suas razões de fato e de direito, pedindo a manutenção do pacto em seus termos iniciais. Nesse caso concreto, a decisão do juiz estaria adstrita a verificar a existência ou não da onerosidade excessiva, para assim resolver o pacto com base no pedido autoral, ou mantê-lo, dando ganho de causa ao credor. Não obstante a inegável flexibilização do princípio da autonomia da vontade, parece não poder ser outra a conclusão nesta hipótese, vez que permitir a interferência do judiciário, mesmo sem qualquer solicitação das partes, é medida muito grave, que debilitaria sobremaneira a segurança jurídica nas relações contratuais”. No mesmo diapasão: “A este respeito, há que assinalar que a melhor doutrina vai no sentido de não reconhecer ao juiz poderes para, substituindo-se à vontade das partes, decretar, *ex officio*, a modificação, se só a resolução tiver sido pedida e a parte contrária lhe não opuser a modificação. Daqui decorre que, a não ser viável a resolução pedida, o juiz terá que emitir uma decisão no sentido da manutenção do negócio, tal como foi celebrado” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 300).

planos e, sob o prisma processual, configura preclusão”.⁴¹³ Assim sendo, ainda que o juiz considere possível e preferível a revisão equitativa da avença na 3ª Situação, não poderá ele, sob pena de violação ao princípio da demanda, determinar a readequação do contrato na medida em que inexistente requerimento de qualquer das partes nesse sentido.

A revisão equitativa do contrato, como se observa, somente é cabível, em qualquer hipótese, mediante a manifestação de vontade de ao menos uma das partes, o que é referendado pelo Enunciado nº 367, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, *in verbis*: “Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório”.

Racionínio semelhante se aplica à 4ª Situação, embora nesse caso as partes controvertam apenas em relação à *revisão* do contrato. Diante do princípio processual da demanda, pode o juiz revisar o contrato (na hipótese de verificação dos requisitos necessários), ou determinar sua manutenção nos estritos termos em que se apresenta, não sendo permitido, no entanto, resolver o ajuste, mesmo que o magistrado considere que a extinção do contrato seja a melhor solução para o caso concreto.

4.4.2 Crerios para a revisão judicial dos contratos

O poder atualmente atribuído ao julgador de rever relações contratuais supervenientemente desequilibradas não é discricionário nem ilimitado, devendo, por certo, ser justificado pelas particularidades e pela gravidade das circunstâncias verificadas no caso concreto. Em razão disso, no âmbito desse múnus de revisar o contrato desequilibrado, deve o magistrado guiar-se por determinadas diretrizes, que possuem a finalidade de evitar arbitrariedades. Tais parâmetros para a revisão judicial dos contratos se aplicam tanto quando a revisão for requerida pelo autor, quanto na hipótese de ser solicitada pelo réu, nos termos do art. 479.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o julgador possui o dever de *reestabelecer* a equidade do contrato, e não submetê-lo a uma formatação objetivamente justa. Isso significa que o julgador deverá se basear no equilíbrio apresentado pela relação contratual no momento

⁴¹³ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 149-150.

anterior à incidência da excessiva onerosidade, independentemente de tal relação ser originalmente mais vantajosa para uma das partes.⁴¹⁴

A doutrina, no entanto, discute se o escopo da revisão judicial do contrato é retorno ao equilíbrio original da relação contratual ou se deve o julgador proceder apenas à extirpação do excesso, ou seja, deve o julgador se limitar a sanar a *excessiva* onerosidade verificada na relação contratual. Para ilustrar o tema, imagine-se o exemplo de um contrato de fornecimento de um determinado produto a um preço inicial de 100. Ao longo da relação contratual, o valor do preço foi aumentando exponencialmente até ultrapassar em muito o patamar de 200, que, no caso concreto, consiste no ponto de configuração da *excessiva* onerosidade. Na hipótese de ajuizamento de ação para a revisão do aludido contrato por excessiva onerosidade superveniente, deverá o julgador, verificados os requisitos autorizadores, restabelecer o valor original de 100 ou se limitar a reduzir o que for necessário para que a prestação deixe de ser *excessivamente* onerosa (que no caso em exame consiste no valor de 200)?

A primeira corrente de pensamento sustenta que, no momento em que surgem as condições para a intervenção do juiz, a decisão deste não pode ser outra que restabelecer a equidade contratual original em toda a extensão possível, não podendo o juiz se limitar a buscar uma *injustiça razoável*. A partir do momento em que a lei concede ao julgador a faculdade de intervir na relação contratual, sua decisão deve consagrar uma justa equidade, sem restrições ou qualificações e, portanto, deve o julgador determinar o retorno ao equilíbrio original da relação contratual.⁴¹⁵ Os defensores de tal posicionamento afirmam, ainda, que se limitar a reconduzir a onerosidade do contrato aos limites da álea ordinária não equivale restabelecer a equidade da relação contratual.⁴¹⁶

A segunda posição defende que a revisão deve restabelecer o contrato em uma dimensão sinalagmática tal que, se existisse ao momento da execução do ajuste, não permitiria à parte onerada demandar a resolução ou a revisão do ajuste. As novas condições contratuais, portanto, devem se limitar a atenuar a excessiva onerosidade (a ponto de eliminar a característica “excessiva” da prestação), de modo a reconduzir o contrato aos limites permitidos

⁴¹⁴ Massimiliano GRANIERI, *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, cit., p. 335, nota 332. No mesmo sentido, Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 150; Paolo GALLO, *Changed conditions and problems of price adjustment: an historical and comparative analysis*, cit., p. 295.

⁴¹⁵ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 212, que cita a opinião do jurista argentino BORDA, como um dos principais defensores da aludida posição.

⁴¹⁶ Tal posicionamento é defendido, dentre outros, por Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 196 e Stefano D'ANDREA, *L'offerta de equa modificazione del contratto*, cit., pp. 245 e 246.

pela álea normal do ajuste, sem a necessidade de restabelecer o equilíbrio exato entre as prestações existente no momento de sua estipulação.⁴¹⁷

Em uma ótica prevalentemente processualística da questão, a posição citada defende que a revisão do contrato deve simplesmente “cancelar” o pressuposto da ação de resolução ou revisão por onerosidade excessiva, ou seja, deve a revisão reconduzir a relação contratual a parâmetros que se insiram nas normais e previsíveis condições do mercado.⁴¹⁸

Tal parece ser o posicionamento mais adequado no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme já aludido, a função do regime da excessiva onerosidade é assegurar uma repartição justa das consequências decorrentes da alteração superveniente das circunstâncias. Reconduzir totalmente ao equilíbrio original entre as prestações seria puramente transferir todas as consequências da alteração das circunstâncias à parte não afetada originalmente por ela.

Além disso, conforme sustenta Julio Alberto Díaz, a própria construção do instituto pelo codificador brasileiro parece indicar que a sua finalidade é apenas eliminar a *excessiva* onerosidade e não garantir às partes um permanente equilíbrio absoluto das prestações convencionadas, principalmente em razão dos termos do art. 480, o qual dispõe que, no caso de contrato unilateral, poderá a parte obrigada pela prestação principal pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.⁴¹⁹

De mais a mais, deve-se ter em mente que o devedor afetado pela alteração superveniente das circunstâncias não poderá exigir a revisão ou a resolução do contrato enquanto as consequências da alteração estiverem inseridas nos limites dos riscos ordinários da relação contratual. Os remédios da excessiva onerosidade somente se aplicam às supervenientes onerosidades que provoquem a uma das partes um tal sacrifício econômico que altere a economia do contrato e o equilíbrio original existente para além da ordinária álea contratual.

Diante disso, se o devedor cuja prestação agravou-se notoriamente, mas sem alcançar uma importância suficiente para torná-la excessivamente onerosa deve resignadamente cumprir sua obrigação tal como pactuada, com base em que razão aquele que atinge o requerido pela lei (onerosidade superveniente que exceda os limites da álea ordinária do contrato) teria o direito a restabelecer a proporção contratual original? O restabelecimento do equilíbrio original da

⁴¹⁷ Nessa direção: Rodolfo SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1003; Aldo BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, cit., p. 306; Paolo TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 169.

⁴¹⁸ Carlo G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 195-196.

⁴¹⁹ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 212.

relação contratual, dessa forma, acarretaria intolerável violação ao princípio constitucional da isonomia e por mais essa razão não pode ser admitido.⁴²⁰

Nessa direção, é possível destacar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos casos que envolveram os contratos de *leasing* desequilibrados em virtude da elevação acentuada da cotação do dólar ocorrida a partir de 1999. Tais contratos de arrendamento mercantil haviam sido celebrados com cláusula de reajuste baseada na variação cambial do dólar em relação ao real, em uma época de relativa estabilidade da moeda norte-americana. No entanto, em função da crise cambial ocorrida no ano de 1999, o valor da cotação do dólar sofreu abrupta e acentuada elevação, tornando excessivamente onerosas as obrigações previstas nos aludidos contratos de *leasing*.

Levada a questão à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a corte, ao invés de determinar nesses casos a substituição da cláusula de variação cambial por indexadores internos de correção monetária, passou a ordenar que as partes dividissem, na proporção de 50% para cada uma, o percentual de correção cambial, de forma a amenizar a prestação dos consumidores, o que evidencia que o entendimento do STJ nesses casos foi no sentido de apenas eliminar a onerosidade excessiva e não restabelecer o equilíbrio originário da avença, mesmo se tratando de situação envolvendo relação de consumo. Confira-se:

“Civil. Arrendamento mercantil. Contrato com cláusula de reajuste pela variação cambial. Validade. Elevação acentuada da cotação da moeda norte-americana. Fato novo. Onerosidade excessiva ao consumidor. Repartição dos ônus. Lei n. 8.880/94, art. 6º. CDC, art. 6º, V. I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94). II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a

⁴²⁰ Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 212; Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., pp. 179 e 180. No mesmo sentido, Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 303.

higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (...) O art. 6º., inciso V, do CDC, incide, porém apenas para retirar a onerosidade que afeta a capacidade de o consumidor adimplir o contrato, em razão de fato superveniente, resguardando-se o pacto e a essência da cláusula, porque, em si mesma, válida e legítima ela o é”.⁴²¹

Assim sendo, como primeiro critério, é possível estabelecer que a revisão judicial dos contratos supervenientemente desequilibrados tem como objetivo eliminar o excesso de onerosidade verificado na relação contratual, restabelecendo a relação contratual a patamares inseridos no risco normal da operação e não restaurar o equilíbrio original entre prestação e contraprestação. No exemplo de contrato de fornecimento citado linhas acima, deve o julgador, portanto, se limitar a reduzir a prestação devida ao valor de 200, montante suficiente para que o agravamento da prestação contratual deixe de ser considerado excessivo, reinserindo-se nos limites dos riscos ordinariamente assumidos na relação contratual.

Note-se, ainda que, em termos gerais, a modificação do contrato admite diversas soluções. Assim, tanto pode envolver a redução das prestações devidas pela parte lesada, como o agravamento das prestações impostas à contraparte, ou uma solução híbrida, em que as posições de cada um dos contraentes sejam reajustadas.⁴²² A revisão contratual pode, ainda, consistir na alteração do *modo* de execução contratual (com a extensão dos prazos contratuais ou a divisão da totalidade do preço em maior número de prestações, por exemplo) ou na alteração de qualquer outra disposição contratual relevante, que tenha como consequência sanar a excessiva onerosidade superveniente do contrato.⁴²³

No entanto, não obstante ser teoricamente permitido que o julgador altere inclusive o modo de execução do contrato, não pode ele, com isso, modificar a própria natureza do contrato. Nesse sentido, é possível, por exemplo, alterar a forma de execução do contrato para determinar

⁴²¹ STJ, REsp 472.594, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Jr.), julg. 12.2.2003. No mesmo sentido: STJ, REsp 401.021, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha (Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar), julg. 17.12.2002; STJ, REsp 268.661, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16.8.2001; STJ, REsp 437.660, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., julg. 8.4.2003.

⁴²² Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 300.

⁴²³ “For instance, if a builder has assumed the duty to complete ten buildings, in case of changed circumstances, it is not only possible to increase the price, but also to reduce the number of buildings or the quality of the work” (Paolo GALLO, *Changed conditions and problems of price adjustment: an historical and comparative analysis*, cit., p. 300).

que o pagamento devido seja dividido em duas ou mais prestações ao invés de uma só, mas não é permitido alterar a espécie da prestação. Ou seja, não seria possível, na ausência de consentimento da parte credora, substituir uma obrigação de pagar por uma obrigação de fazer ou, ainda, substituir o objeto da prestação por outro, ainda que mais valioso.⁴²⁴

Nesse ponto, a revisão do contrato encontra limites no art. 313 do Código Civil⁴²⁵ que, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva no cumprimento da relação contratual, preserva a identidade da prestação devida,⁴²⁶ estabelecendo que o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.⁴²⁷ Dessa forma, para que seja possível a alteração da natureza da prestação contratual, é necessário consentimento expresso do credor. A revisão da relação contratual supervenientemente desequilibrada tem sempre como limite a possibilidade de o contrato, como revestimento jurídico de uma operação econômica, fazer sentido de acordo o tipo eleito pelos contratantes e, ainda, consoante suas legítimas expectativas, concretamente consideradas.⁴²⁸

Além disso, a doutrina especializada indica que, se houver oferta proposta pelo réu com base no art. 479, “é dela que o julgador deve partir para readequar o contrato, aceitando-a ou modificando-a naquilo que, sob seu juízo, entender desconectado do panorama originário do negócio”.⁴²⁹ De fato, a oferta proposta por uma das partes consiste em sólido ponto de partida que poderá ser utilizado pelo julgador para alcançar os parâmetros ideais de revisão do ajuste supervenientemente desequilibrado. Nesse sentido, as tratativas levadas a cabo pelas partes,

⁴²⁴ Nesse mesmo sentido, Paulo R. Roque A. KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 129; Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 151.

⁴²⁵ Art. 313 do Código Civil: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

⁴²⁶ “O CC, neste artigo [313], preserva a identidade da prestação devida, o que é uma decorrência ou um detalhamento do princípio da boa-fé objetiva no cumprimento da obrigação” (Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 610).

⁴²⁷ Sobre o tema, confirmam-se as palavras de Paulo R. Roque A. KHOURI: “Quando o pedido da parte lesada é no sentido da alteração do modo de executar a prestação, conforme diz a parte final do artigo 480 do CCB, há também limites para a intervenção equitativa do magistrado. Aqui, não se trata de uma simples modificação quantitativa, mas de uma modificação qualitativa. À primeira vista, poder-se-ia supor que, diante de tal permissivo o magistrado teria ampla liberdade para proceder a essa alteração, conforme um juízo puro de equidade. Entretanto, essa intervenção no conteúdo do contrato não pode implicar a modificação da natureza da contratação. Não poderia, v. g., implicar uma mudança do objeto da prestação. Se a obrigação atingida pela onerosidade excessiva superveniente envolve uma obrigação de dar, não poderia o magistrado modificar o contrato estabelecendo uma obrigação de fazer, e vice-versa. É que o julgador, ao modificar equitativamente o modo de executar a prestação, embora deva ter sempre em mente o objetivo do regime geral, que é o resgate do equilíbrio contratual, tem no artigo 313 do CCB um importante limite para a sua atuação: a própria auto-regulação de interesses das partes” (*A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 129).

⁴²⁸ Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 167.

⁴²⁹ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 151.

embora não sejam vinculantes, podem auxiliar o julgador na determinação do mais adequado conteúdo a ser estabelecido no ajuste revisado.

Por fim, deve o julgador buscar, tanto quanto possível, parâmetros objetivos de readequação do contrato, considerando, por exemplo, valores praticados no mercado em contratações similares, a valorização ou a desvalorização da moeda, dentre outros.⁴³⁰

4.4.3 Possibilidade de afastamento da aplicação da Teoria da Excessiva Onerosidade

Tema também extremamente controverso é a possibilidade de os contratantes renunciarem, quando da contratação, ao direito futuro de pleitear a revisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva superveniente, discussão que se relaciona diretamente ao fato de serem ou não tais normas qualificadas como de ordem pública.

Os autores que defendem a possibilidade de renúncia geral e antecipada da revisão ou da resolução contratual por excessiva onerosidade superveniente sustentam que tal benefício consiste em elemento natural dos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida⁴³¹ e que, por não envolver a ordem pública, a moral ou os bons costumes, pode ser objeto de cláusula especial que o modifique, restrinja ou exclua.⁴³² Tal posicionamento, na visão desses autores, seria corroborado pelo próprio texto dos artigos do Código Civil que regulam a teoria da excessiva onerosidade (arts. 317, 478, 479 e 480), nos quais o legislador recorreu ao verbo *poder* e não ao verbo *dever*, o que leva a presumir a existência de uma faculdade da parte lesada de recorrer aos remédios da onerosidade superveniente.⁴³³

Afirma-se, nesse sentido, que, tratando-se de contratação envolvendo partes paritárias, ou seja, não havendo disparidade do poder negocial entre as partes e estando elas inseridas em

⁴³⁰ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 151.

⁴³¹ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 155-156.

⁴³² Essa é posição, por exemplo, de Julio Alberto DÍAZ: “A faculdade de demandar a resolução do contrato é um benefício concedido ao prejudicado pelo acontecimento extraordinário e imprevisível. Apresenta-se como um elemento natural dos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida que, não estando em jogo a ordem pública, a moral, nem os bons costumes, pode ser objeto de cláusula especial que a modifique, restrinja ou extinga. Da mesma forma, nada impede que se renuncie antecipadamente ao benefício, isto é, com anterioridade ao acontecimento superveniente” (Julio Alberto DÍAZ, *A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 214). Também defendendo a possibilidade de renúncia prévia dos remédios da excessiva onerosidade, cf. J. M. Othon SIDOU, *A revisão judicial dos contratos*, cit., p. 31. Cf., ainda, Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 139, segundo a qual “sendo o direito à revisão ou resolução contratual um direito com consequências eminentemente patrimoniais e, portanto, sendo um direito disponível, não haveria razão para a proibição de sua renúncia pelas partes”. No direito italiano, defende a possibilidade de renúncia à onerosidade excessiva Aldo BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, cit., p. 273.

⁴³³ Paulo R. Roque A. KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 95.

um contexto onde a autodeterminação de ambas não sofra qualquer *deficit* relevante, não há por que negar a elas o direito de dispor inteiramente sobre os riscos da relação contratual, dentre eles o risco da excessiva onerosidade superveniente da prestação. Confira-se, nessa direção, o entendimento de Paulo R. Roque A. Khouri:

“A par das considerações aqui expendidas sobre o contrato paritário, havendo, justificadamente, um espaço maior para a autonomia da vontade, é natural que o Estado legitime a liberdade das partes, reconhecendo a vinculação delas ao conteúdo contratual pactuado. Como diz Canaris, nessa circunstância de contratação, a liberdade de contratar é garantida não por conta da justiça, mas ‘por causa da liberdade’. Nessas circunstâncias o conteúdo pode conduzir a desequilíbrios, injustiças. Entretanto, aqui, a intervenção estatal quase sempre não se faz necessária, porque esse conteúdo resultou efetivamente da manifestação de ambas as partes, que efetivamente exerceram, no ato de contratar, a autodeterminação, sem qualquer arranhão maior à liberdade de contratar. Daí que as partes em um contrato efetivamente paritário, sem ofensa ao ordenamento, podem, em nome da liberdade de contratar decorrente do poder de autodeterminação, afastar a incidência do regime da onerosidade excessiva”.⁴³⁴

Os autores defensores dessa primeira linha de pensamento sustentam, ainda, que o afastamento das regras que disciplinam a excessiva onerosidade consiste na solução lógica e sistematicamente mais adequada tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente admite a possibilidade de as partes assumirem os riscos decorrentes do caso fortuito e da força maior (parágrafo único do art. 393 do Código Civil).⁴³⁵ Assim sendo, afirma-se que, se o Código Civil admite que as partes assumam inclusive os riscos decorrentes da

⁴³⁴ Paulo R. Roque A. KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., p. 97. E o mesmo autor complementa: “Em um ambiente onde a autodeterminação das partes não sofra qualquer *deficit* relevante, não há por que negar tal direito a elas. Negá-lo não seria o mesmo que negar a própria liberdade quanto à autodeterminação? Nos contratos paritários/negociados, as partes estão em uma posição que permite a autotutela de seus interesses, sobretudo na modelação do conteúdo do contrato, evitando cada qual cláusulas que afrontem sobremaneira seus interesses. (...) Em outras palavras, uma parte não está em posição de impor sua vontade à outra; pelo contrário, cada qual não tem o seu poder de autodeterminação afetado pela outra. (...) “Não há no contrato paritário *deficit* relevante de autodeterminação de qualquer um dos contratantes. Também não há, em consequência, disparidade do poder negocial entre eles. A liberdade de contratar encontra-se, portanto, sem nenhuma ameaça patológica exatamente pela não-afetação da autodeterminação dos contratantes” (op. cit., pp. 95-96).

⁴³⁵ Veja-se o teor do art. 393 do Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

impossibilidade absoluta da prestação, com maior razão deve ser a elas permitido, em legítimo exercício da autonomia da vontade, mitigar ou afastar o regime da excessiva onerosidade.⁴³⁶ Em tal circunstância, os contratantes estariam conscientemente assumindo não apenas os riscos ordinários decorrentes da contratação, mas também os riscos extraordinários ensejadores da onerosidade excessiva da prestação.

Diversos autores, no entanto, criticam tal posicionamento e, em sentido diametralmente oposto, sustentam que as normas que regulam a excessiva onerosidade superveniente consistem em decorrência específica dos princípios do equilíbrio entre as prestações e da função social do contrato, o qual “assegura às partes o acesso a um mecanismo de restabelecimento da equidade em face da onerosidade excessiva que acometa as prestações nos contratos de duração”.⁴³⁷ Em razão disso, tratando-se de instrumento de defesa da função social e do equilíbrio contratual, as normas de revisão e de resolução do contrato devem ser tomadas como de ordem pública e, portanto, não podem ser afastadas por declaração unilateral ou bilateral das partes.⁴³⁸

Além disso, não se mostra legítima a analogia feita com base no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil. Conforme sustenta Gustavo Tepedino, embora a lei permita que as partes convençam o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, “só se considerarão assumidos pelo devedor os riscos previsíveis na época da celebração do contrato. Se a inexecução se der por causa imprevisível àquele tempo, a transferência dos riscos não se implementará”.⁴³⁹ Não é possível, portanto, que as partes se utilizem do disposto no

⁴³⁶ Paulo R. Roque A. KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., pp. 97-98; Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 139. O mesmo raciocínio é aplicado por Luís A. Carvalho FERNANDES em relação ao direito português que, assim como o ordenamento brasileiro, admite que as partes assumam expressamente os riscos pelo fortuito: “A propósito do requisito da imprevisibilidade da alteração, que adiante estudaremos, coloca-se, por vezes, o problema de saber se será válida uma cláusula em que as partes afastem a aplicabilidade da teoria da imprevisão. Para quem entenda que se deve acima de tudo considerar a importância do valor segurança, há-de ser inegável a possibilidade e até o interesse destas cláusulas que, limitando os casos de aplicação da imprevisão, maior certeza trariam ao cumprimento dos contratos. Pelo contrário, se se der maior relevância ao valor justiça, entender-se-á que cláusulas deste tipo podem ser menos desejáveis, na medida em que vão colocar a cargo das partes encargos que, por definição mesma, são imprevisíveis no momento em que se assumem. (...) Ora, em face de nossa lei, parece ter de se concluir pela validade de tal cláusula dado o princípio de liberdade de estipulação das cláusulas acessórias. Além do mais, não se deve esquecer que à face do Direito português são possíveis e válidas cláusulas em que um dos contraentes tome a seu cargo os casos fortuitos e de força maior, princípio de que se pode extrair um argumento de maioria de razão em favor da admissibilidade do tipo de cláusula a que nos referimos. (...) Tal cláusula significará que as partes aceitam suportar todas as consequências que para qualquer delas advenham da modificação do condicionalismo existente à data da celebração do contrato” (Luís A. Carvalho FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, cit., p. 99).

⁴³⁷ Paulo Magalhães NASSER, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162. Em sentido semelhante, Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 211.

⁴³⁸ Paulo Magalhães NASSER, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

⁴³⁹ Gustavo TEPEDINO *et alli*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 712.

artigo 393 do Código Civil para afastar genericamente os riscos decorrentes de eventos imprevisíveis, de modo a excluir por completo a incidência da teoria da excessiva onerosidade à espécie.

Afirma-se, ainda, que se a lei exige o fato imprevisível para o direito à resolução, a renúncia antecipada implica em previsão do imprevisível, o que se mostra contraditório do ponto de vista lógico já que sempre se poderia alegar que o fato concretamente ocorrido era imprevisível.⁴⁴⁰ Além disso, uma simples e genérica assunção de riscos imprevisíveis implicaria cerceamento do direito de ação em geral⁴⁴¹ e consistiria, ainda, em declaração negocial sobre objeto indeterminável, o que também é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 166, II do Código Civil).⁴⁴²

Diante disso, parte da doutrina defende que não se mostra válida uma cláusula contratual por meio da qual as partes renunciem genericamente a resolução ou revisão do contrato por onerosidade excessiva, qualquer que seja a causa ou o fato futuro.⁴⁴³ Seria permitida, no entanto, a renúncia específica em relação a determinados eventos, o que, em realidade, possui o efeito de tornar tais fatos previsíveis como cláusulas ordinárias da avença, de maneira a afastar a aplicação da teoria da imprevisão.⁴⁴⁴

Dito por outras palavras, o evento superveniente, cujos riscos as partes pretendem assumir, deve estar previsto e especificado, de modo que não restem dúvidas acerca da impossibilidade de alegar o desequilíbrio por ele causado. Assim, embora seja inválida a cláusula contratual que determine o genérico afastamento dos remédios da excessiva onerosidade, nada impede que as partes assumam os riscos da excessiva onerosidade decorrente

⁴⁴⁰ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 155-156, que cita, nesse ponto, o posicionamento de Antonio Junqueira DE AZEVEDO.

⁴⁴¹ Maria Antonieta Lynch DE MORAES, *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, cit., p. 225.

⁴⁴² Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 155-156. Confira-se, a propósito, o artigo 166 do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

⁴⁴³ Maria Antonieta Lynch DE MORAES, *Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva*, cit., p. 225. É o que também sustenta Silvio de Salvo VENOSA: “Assim, não será válida a cláusula pela qual as partes concordam em não ingressar com ação de revisão contratual, qualquer que seja a causa ou fato futuro. Deve ser admitida, por outro lado, uma cláusula que proíba as partes de pedirem a revisão do contrato, no caso, por exemplo, da edição de um plano econômico que altere os parâmetros da correção monetária. Nessa situação, que mencionamos apenas como exemplo teórico, haverá necessidade, evidentemente, de levarmos em conta os demais princípios gerais do instituto do contrato” (Silvio de Salvo VENOSA, *Direito Civil*, vol. II, São Paulo: Atlas, 2005, p. 457).

⁴⁴⁴ Nelly POTTER, *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 211.

de determinados fatos, tais como riscos geológicos, determinados índices de inflação ou específica conjuntura internacional.⁴⁴⁵

No que tange especificamente aos contratos de adesão, no entanto, a doutrina se mostra mais pacífica em afirmar que, por força do artigo 424 do Código Civil – que prevê a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio –,⁴⁴⁶ não se mostra admitida a renúncia ou a mitigação prévia do regime da excessiva onerosidade, independentemente de se tratar de disposição genérica ou específica.⁴⁴⁷

Destaque-se, no entanto, que, independentemente da posição adotada no que tange à possibilidade de renúncia genérica ao regime da excessiva onerosidade, nada impede que as partes, no legítimo exercício de sua autonomia negocial, estabeleçam um específico procedimento a ser seguido para a revisão, independentemente de eventual demanda judicial, bem como os critérios de reequilíbrio contratual a serem seguidos pelo julgador em caso de eventos supervenientes,⁴⁴⁸ circunstâncias que se ligam diretamente ao tema a ser tratado no tópico seguinte.

4.4.4 Cláusulas de renegociação (cláusulas de hardship) e de reindexação dos contratos

Conforme já exposto, mostra-se perfeitamente legítimo no ordenamento jurídico brasileiro que as partes regulem por si próprias, em substituição ao regime legal previsto nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, os mecanismos contratuais de revisão ou resolução do contrato em caso de excessiva onerosidade superveniente da prestação. Nessas hipóteses, a autonomia da vontade dos contratantes se sobrepõe à heteronomia da excessiva onerosidade, a

⁴⁴⁵ Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 156.

⁴⁴⁶ Art. 424 do Código Civil: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁴⁴⁷ Paulo R. Roque A. KHOURI, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, cit., pp. 99-105; Paulo Magalhães NASSER, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161; Giuliana Bonanno SCHUNCK, *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*, cit., p. 141. V. tb. Luiz Philipe Tavares de Azevedo CARDOSO, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 157, que assim expõe a questão: “O art. 424 do Código Civil determina a nulidade das cláusulas que em contrato de adesão importem em renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio. Contrato de adesão é aquele em que há predisposição de cláusulas, não havendo oportunidade para discussão do conteúdo contratual. C. S. Zanetti entende que o artigo citado refere justamente os elementos categoriais derogáveis, acima citados, dentre os quais se encontra a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva. Desta feita, se predisposta em contrato por adesão, a cláusula que renunciar ao remédio contra o desequilíbrio superveniente será nula”.

⁴⁴⁸ Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, *Adimplemento e extinção das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 184-185.

estabelecer para si próprios critérios específicos de reequilíbrio contratual em caso de eventos supervenientes.⁴⁴⁹

Tal possibilidade de auto-regramento da excessiva onerosidade superveniente, ao lado da possibilidade de modelação do conteúdo contratual e da liberdade de forma, se fundamenta no princípio da liberdade contratual.⁴⁵⁰ Através de previsões contratuais, as próprias partes transformam a imprevisão em dado previsto contratualmente (ainda que incerto) e estabelecem instrumentos que visam a garantir a longevidade do contrato, “tornando-o evolutivo, isto é, adaptável às vicissitudes de sua vida dinâmica”.⁴⁵¹

É possível encontrar fundamentalmente, na experiência nacional e estrangeira, duas espécies de recursos utilizados pelas partes para converter uma relação contratual estática em uma relação evolutiva:⁴⁵² (i) as cláusulas de reindexação e (ii) as cláusulas de renegociação (também conhecidas na prática contratual internacional como cláusulas de *hardship*). Com a inserção de uma ou ambas as cláusulas, o contrato passa a ter uma válvula de escape expressamente regulada pelos próprios contratantes, a qual, se acionada, permite a evolução e a modificação daquilo que foi pactuado, em vista das novas circunstâncias fáticas.

⁴⁴⁹ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 152. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, in *Transformações contemporâneas do direito das obrigações: estudos em homenagem a Orlando Gomes* (Maurício MOTA; Gustavo KLOH org.), Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 266: “Nada impede, no Ordenamento brasileiro, a pactuação de cláusulas de renegociação das condições e termos contratuais, tendo as partes liberdade para, *ex vi* do art. 425 do Código Civil, modelar o conteúdo contratual estabelecendo, por exemplo, o dever de renegociar independentemente dos requisitos que, nos termos dos artigos 317 e 478 do mesmo Código são postos para viabilizar a revisão e a resolução judicial dos contratos. O intérprete não se pode perder na confusão da sinonímia entre o que é fundamento teórico da previsão legal (isto é: a excessiva onerosidade superveniente como fundamento ao poder do juiz para revisar/resolver o contrato, na forma prevista nos arts. 317 e 478 do Código Civil) e o que é efeito de expressa previsão contratual (vale dizer o dever imposto aos contratantes de renegociar o contrato, em vista de sua revisão, quando configurada situação de fato que, segundo a vontade das partes declarada no contrato, seja causa de onerosidade superveniente a uma delas, causando desequilíbrio na relação de comutação tal qual estabelecida no momento da conclusão contratual). Nesse último caso não se estará frente, necessariamente, a situações “extraordinárias e imprevisíveis”, como define o Código Civil, mas, tão somente, a situações incertas no momento em que concluído o ajuste embora possam ser previsíveis e, inclusive, previstas – tanto assim que foram postas no contrato como causa do dever de renegociar”.

⁴⁵⁰ Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., p. 266.

⁴⁵¹ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 152-153. A expressão “contrato evolutivo” diz respeito à estrutura de determinados contratos e à sua relação com o tempo. Trata-se de contratos que, por abrangerem obrigações duradouras e que se propõem a manter sua vigência e eficácia por períodos duradouros, contém em sua estrutura um projeto de adaptação do conteúdo contratual à realidade. Dito por outras palavras, contratos evolutivos são aqueles que apresentam em si próprios mecanismos destinados a garantir sua perpetuação e constante adequação às circunstâncias fáticas supervenientes. Nesse sentido, confira-se: Régis FABRE, *Les clauses d’adaptation dans les Contrats*, RTDC, 1983, pp. 7 e ss; Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., pp. 260-261; Julio GOMES, *Cláusulas de Hardship*, in *Contratos, actualidade e evolução*, UCP, 1997, pp. 170 e ss.

⁴⁵² Julio GOMES, *Cláusulas de Hardship*, cit., p. 177; Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., p. 262.

Diante dessas possibilidades legítimas e frequentes de auto-regulação da superveniência contratual, questiona-se como deve agir o julgador diante de cláusulas contratuais que imponham um dever de reindexar, ou então que prevejam às partes a obrigação de renegociar os termos contratuais em caso de excessiva onerosidade superveniente.

As cláusulas de reindexação são aquelas através das quais as partes impõem para si a modificação automática das condições contratuais no caso de verificação de determinadas circunstâncias. Nessas hipóteses, as partes predeterminam desde o momento da celebração do contrato os critérios que serão utilizados em sua modificação estipulando, na superveniência de determinado evento, o reajuste automático da relação contratual, conforme índice já predeterminado. Em se tratando de cláusulas de reindexação, não há, portanto, renegociação dos termos contratuais, mas direta readequação da avença e, por essa razão, tais cláusulas são utilizadas em negócios em que se mostre possível o mero reajuste de quantias quando diante de específicas circunstâncias supervenientes.

Exemplo clássico de cláusula de reindexação são as chamadas “cláusulas de escala móvel”. As cláusulas de escala móvel, nascidas na França e amplamente utilizadas no Brasil durante a época da alta inflação, consistem em disposições contratuais que, a fim de evitar os riscos da flutuação dos preços, estabelecem que a quantia a ser paga em determinado contrato seja fixada em função de determinado índice econômico, como, por exemplo, o índice do custo de vida ou do índice geral de preços do mercado.⁴⁵³ Outro exemplo comum de cláusula de reindexação são as cláusulas que estipulam a correção monetária das prestações contratuais pecuniárias.⁴⁵⁴

No caso de cláusulas de reindexação, a inobservância do dever de readaptação automática do contrato nas hipóteses previstas representa verdadeiro inadimplemento

⁴⁵³ Orlando GOMES, *Transformações no Direito das Obrigações*, cit., p. 151: “Para fugir a essa proibição [cláusula-ouro], as partes começaram a inserir, nos contratos, cláusulas pelas quais a quantia a ser paga é fixada em função das variações de determinado índice econômico, como, por exemplo, o de custo de vida ou o do salário-mínimo. A essas cláusulas de *indexação*, deu-se a denominação de cláusulas de escala móvel”. Conforme indica Arnoldo Wald, a cláusula de escala móvel é aquela que “estabelece uma revisão, pré-convencionada pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços, ou do índice geral do custo de vida e dos salários” (Arnoldo WALD, *A Cláusula de Escala Móvel*, Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, pp. 99-100). Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE aponta, ainda, como exemplo de cláusulas de reindexação, aquelas existentes em determinados contratos de seguro celebrados entre empresas em que o percentual de sinistralidade serve de indicativo para a modificação do prêmio (*Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 153).

⁴⁵⁴ “A correção monetária consiste em mera atualização do valor da moeda, segundo índices e formas de operação dispostos cogentemente pelo Estado. Não há aumento no valor, o que ocorre é que o valor nominal é corrigido (‘reajustado’), para se adequar ao valor real, dentro de limites impostos pelo Estado, obedecendo-se, para tal fim, ao ‘princípio da legalidade estrita’” (Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 163, nota 94).

contratual, a ensejar que o julgador proceda à execução específica do contrato, impondo à parte recalcitrante os novos valores previstos de acordo com os padrões estabelecidos no negócio. Além disso, tratando-se de inadimplemento do contrato, o contratante prejudicado pode exigir cumulativamente o pagamento de indenização por perdas e danos.⁴⁵⁵

As cláusulas de renegociação (ou cláusulas de *hardship*), por sua vez, são aquelas que determinam às partes o dever de renegociar os termos contratuais sempre que sobrevierem alterações relevantes nas circunstâncias fáticas capazes de acarretar a excessiva onerosidade das prestações contratuais.⁴⁵⁶ As cláusulas de renegociação podem conter, em si mesmas, uma determinação acerca daquilo que os contratantes consideraram como alteração relevante das circunstâncias (*hardship*) ou, de modo diverso, podem se limitar a aludir genericamente a situações de *hardship* capazes de ensejar o dever de renegociação dos termos contratuais.⁴⁵⁷

De acordo com Judith Martins-Costa, as seguintes funções podem ser atribuídas à cláusula de *hardship*:

“(a) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato, impedindo que o princípio da intangibilidade do pactuado conduza a um rigor excessivo no momento da execução contratual; (b) atuar como meio de repartição, entre os contratantes, dos custos resultantes do evento superveniente e incerto, de modo que a etapa da renegociação permita às partes acordar sobre essa repartição dos ônus, por si mesmas, ou através de um terceiro, que a arbitrará; (c) impedir a extinção contratual devida à resolução por excessiva onerosidade de um contrato que ainda pode ser útil, atendendo aos mútuos interesses das partes; (d) encontrar um novo regime adaptado aos mútuos interesses (*self tailored rule*), viabilizando-se, nos limites do princípio da

⁴⁵⁵ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 154.

⁴⁵⁶ Lauro Jr. GAMA E SOUZA, *Os Princípios Unidroit relativos ao comércio internacional, 2004 e o Direito brasileiro: convergências e possibilidades*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 8, São Paulo, 2006, pp. 48 e ss.; Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., pp. 260 e ss.; José Emilio Nunes PINTO, *O mecanismo multi-etapas de solução de controvérsias*, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6024/o-mecanismo-multi-etapas-de-solucao-de-controversias>, acesso em 18.5.2013; Nadia DE ARAÚJO, *Contratos Internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação segundo a lex mercatória, para o plano interno nos contratos de longa duração*, in *Estudos e pareceres. Direito do petróleo e gás* (Marilda ROSADO org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 421. De acordo com Nadia DE ARAÚJO, o “que diferencia a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva e a cláusula de *hardship* é que, no primeiro caso, é necessária a intervenção estatal para a sua declaração, enquanto no segundo, esta depende da atuação das partes, em cumprimento aos ditames da cláusula” (op. cit., p. 431).

⁴⁵⁷ Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., pp. 262-263.

atipicidade contratual (art. 425), uma reorganização do pactuado, sendo essa, precipuamente, a função ‘adaptativa’ da autonomia privada”.⁴⁵⁸

A cláusula de *hardship*, por possibilitar a permanência do equilíbrio contratual (e, portanto, da própria utilidade do contrato para ambas as partes) mediante a renegociação e revisão dos pontos afetados pela excessiva onerosidade superveniente, se encontra diretamente interligada à noção de que o principal escopo das partes nos contratos de duração é a conservação da relação contratual por todo o período previamente acordado, a fim de se permitir a realização completa da finalidade econômica programada e do interesse deduzido no contrato.⁴⁵⁹

Ao contrário das cláusulas de reindexação, que operam automaticamente, prescindindo da ulterior intervenção ativa das partes, as cláusulas de *hardship* têm como objetivo estabelecer às partes o direito subjetivo de exigir, a partir do momento de verificação da alteração relevante das circunstâncias, a renegociação do contrato. Nesses casos, portanto, o comportamento da contraparte no sentido de renegociar de boa-fé o contrato mostra-se essencial para o alcance do objetivo da cláusula.⁴⁶⁰

Estipulada cláusula de renegociação do contrato em razão de determinados eventos supervenientes que tornem excessivamente onerosas as prestações contratuais, impõe-se aos contratantes uma dupla prestação: as partes serão obrigadas, em primeiro lugar, a se reunir para renegociar o contrato; além disso, a cláusula de *hardship* impõe que as negociações devem ser

⁴⁵⁸ Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., pp. 264-265.

⁴⁵⁹ As cláusulas de *hardship*, com efeito, são constantemente apontadas como mecanismo destinado a atribuir às obrigações contratuais maior flexibilidade à luz das alterações do equilíbrio comercial nos contratos de longa duração. Nessa direção: v. Klaus Peter BERGER, *Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, p. 1.352; Nadia DE ARAÚJO, *Contratos Internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação segundo a lex mercatória, para o plano interno nos contratos de longa duração*, cit., pp. 417-418.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, cf. a lição de Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., p. 266: “Tendo as partes estatuído tais cláusulas, e ocorrendo o evento nelas previsto, abre-se, *ipso facto*, a obrigatoriedade da renegociação do contrato para reaproximar-se o *sinagma funcional ou dinâmico* – isto é, o que acompanha a vida do contrato, no curso de sua execução – ao *sinagma genético*, a saber, aquele que marcou o momento da conclusão do ajuste. Note-se bem: não há, como nas cláusulas de indexação, um reajuste automático de determinada cláusula, conforme índice já predeterminado; não se trata de cláusula de *force majeure*, pela qual se intentam enfrentar os problemas ligados à impossibilidade de cumprir, mas há o dever de renegociar, como um verdadeiro e próprio *dever de cumprimento do contrato* naquilo que foi previsto, genérica e/ou pontualmente, como objeto da renegociação”. Ainda na lição da mesma autora: “(...) enquanto uma cláusula de manutenção de valor opera, em regra, de maneira automática, sem ser necessária a intervenção das partes ou do juiz, traduzindo-se pela substituição do valor da prestação, que se tornou desatualizado, por um novo valor (conforme ao índice pré-acordado ou determinado por lei), a cláusula de *hardship* não tem um efeito automático: ela consiste, essencialmente, em provocar uma renegociação do contrato, sempre que a mudança das circunstâncias ocorrer” (Judith MARTINS-COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, cit., p. 163).

pautadas pelo princípio da boa-fé objetiva, “não se admitindo artimanhas, protelações, deslealdades ou renitências irrazoáveis”.⁴⁶¹

Assim sendo, a recusa em negociar, seja expressa ou através de atos inequívocos (como faltar ao encontro ou deixar de responder ao chamado) caracteriza, sem dúvida, inadimplemento do contrato. Destaque-se, no entanto, que o inadimplemento culposo da obrigação de renegociar o contrato estará caracterizado não apenas pela recusa direta ou disfarçada (como, por exemplo, a apresentação de propostas absurdas ou claramente inaceitáveis por parte de um dos contratantes), mas também na hipótese da negociação transcorrer de modo contrário ao que determina o princípio da boa-fé objetiva.⁴⁶²

Com efeito, o princípio da boa-fé determina que, durante as negociações, devem as partes empreender os melhores esforços na adaptação do contrato, o que, dentre outras obrigações,⁴⁶³ exige das partes, acima de tudo, “sinceros esforços, flexibilidade (como um componente vital dessas cláusulas) e uma real predisposição de considerar as necessidades e os interesses da outra parte”.⁴⁶⁴

Segundo a melhor doutrina, a violação da obrigação de empreender os melhores esforços para renegociar o contrato supervenientemente desequilibrado, seja através da recusa em iniciar processo de discussão ou ainda por meio de qualquer atitude voltada a frustrar as

⁴⁶¹ Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., p. 267.

⁴⁶² Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., p. 268.

⁴⁶³ As principais atitudes exigidas das partes (em decorrência da incidência do princípio da boa-fé objetiva) na renegociação dos contratos supervenientemente desequilibrados foram listadas por Klaus Peter BERGER, *Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators*, cit., pp. 1.365-1.366: “1. Keeping to the negotiation framework set out by the clause, 2. Respecting the remaining provisions of the contract, 3. Having regard to the prior contractual practice between the parties, 4. Making serious effort to reach an agreement, 5. Paying attention to the interests of the other side, 6. Producing information relevant to the adaptation, 7. Showing a sincere willingness to reach a compromise; 8. Maintaining flexibility in the conduct of negotiations, 9. Searching for reasonable and appropriate adjustment solutions, 10. Making concrete and reasonable suggestions for adjustment instead of mere general declarations of willingness, 11. Avoiding rushed adjustment suggestions, 12. Giving appropriate reasons for one’s own adjustment suggestions, 13. Obtaining expert advice in difficult and complex consensus proceedings, 14. Responding promptly to adjustment offers from the other side (‘no profit – no loss’ principle), 17. Prohibition on creating established facts during negotiations except in emergency situations (ban on ‘escalation’ strategies), 18. Maintaining efforts to reach agreement over an appropriate length of time, and 19. Avoiding unnecessary delays in the consensus proceedings”.

⁴⁶⁴ Klaus Peter BERGER, *Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators*, cit., p. 1.364. Em sentido semelhante: “A cláusula de renegociação constitui uma ‘obrigação de meio’: a de que os contratantes deverão empreender os ‘melhores esforços’ (os *best efforts* norteamericanos) para renegociar o contrato quando diante das circunstâncias que ela prevê. Concretamente, esses ‘melhores esforços’ desdobram-se em certas atitudes que as partes devem assumir, tais como: a cooperação mútua entre as partes durante todo o processo de renegociação, que envolve a flexibilidade e boa vontade de ambas; o mero reajuste do contrato, de modo a adaptá-lo às circunstâncias que sobrevieram, e não sua integral reestruturação; e a proibição de que nenhuma das partes gere danos na outra ou explore suas eventuais fragilidades” (Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 155).

negociações, gera não apenas a pretensão indenizatória pelo inadimplemento, mas também, a pretensão de revisão judicial ou arbitral da relação contratual.⁴⁶⁵

O primeiro passo nessas hipóteses consiste em verificar se existe no contrato a previsão de critérios objetivos ou objetiváveis, a serem utilizados pelo julgador segundo os dados da experiência, para proceder à revisão equitativa do contrato. Se a resposta for positiva, não há dúvidas de que, sendo proposta demanda para revisão do contrato em razão da violação do dever de renegociar ou da própria frustração das renegociações, deverá o julgador adaptar o contrato em conformidade às disposições estatuídas pelas partes.

Nesses casos, o poder de revisão judicial ou arbitral do contrato com base nos parâmetros pré-determinados pelas partes tem como fundamento o respeito aos princípios da autonomia privada e da conservação dos negócios jurídicos.⁴⁶⁶ Não há, assim, que se falar em substituição indevida do julgador à vontade das partes, mas sim de integração e cumprimento daquilo previamente estabelecido por ambos os contratantes como conduta devida nas hipóteses de excessiva onerosidade superveniente.

A doutrina, no entanto, controverte sobre a solução a ser adotada nas hipóteses em que o contrato não estipula, sequer de maneira genérica, o procedimento de atuação da cláusula de renegociação e os critérios a serem utilizados para a revisão do contrato. Para uma parte da doutrina, em caso de inadimplemento da obrigação de renegociar os termos contratuais, não seria possível exigir a revisão judicial do contrato, cabendo apenas a condenação da parte inadimplente nas perdas e danos decorrentes do descumprimento contratual.⁴⁶⁷

Outros autores entendem que, mesmo nessas hipóteses, não existe qualquer óbice para o acolhimento de pedido de revisão do contrato, devendo o julgador, na ausência de critérios estipulados pela autonomia privada, se valer das regras estabelecidas nos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, as quais seriam utilizadas normalmente se a hipótese se tratasse de um caso convencional de aplicação da teoria da excessiva onerosidade superveniente.⁴⁶⁸ Essa

⁴⁶⁵ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., pp. 155-156.

⁴⁶⁶ Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., p. 271; Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 156.

⁴⁶⁷ Judith MARTINS-COSTA, *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*, cit., pp. 274-275.

⁴⁶⁸ Guilherme Carneiro Monteiro NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração*, cit., p. 156. Essa parece ser também a solução adotada pelos “UNIDROIT Principles”. Sobre o tema, cf. os comentários de Lauro Jr. GAMA E SOUZA, *Os Princípios Unidroit relativos ao comércio internacional, 2004 e o Direito brasileiro: convergências e possibilidades*, cit., p. 77: “Em tais hipóteses, segundo o art. 6.2.3, a parte prejudicada pode requerer a renegociação do contrato com vistas a um acordo com a outra parte, que restaure o equilíbrio econômico das prestações. O pleito de renegociação deve ser feito o quanto antes e estar devidamente justificado, mas não confere à parte o direito de suspender o cumprimento

segunda opinião parece ser a que mais se coaduna com as modernas tendências de admissão de pedido de revisão direta dos contratos supervenientemente desequilibrados e, ainda, com a impossibilidade de estabelecimento de uma renúncia genérica ao regime da excessiva onerosidade.

Destaque-se, por fim, que, havendo estipulação contratual de cláusula de renegociação, seja ela genérica ou específica, o remédio de resolução do contrato, como não poderia deixar de ser, deve ser relegado à *ultima ratio*, tendo em vista a própria configuração precípua da cláusula de *hardship* como instrumento de preservação do vínculo contratual.

de suas obrigações. No caso de insucesso da renegociação, após o decurso de um prazo razoável, qualquer das partes pode requerer ao tribunal (arbitral ou judicial) que aprecie a demanda (art. 6.2.3(3)). Caso conclua pela existência de *hardship*, pode o tribunal, se assim considerar *razoável*, dar por *terminada* a relação contratual, em data e segundo condições a serem fixadas, ou *adaptar* o contrato a fim de restaurar o seu equilíbrio (art. 6.2.3(4))”.

CONCLUSÕES

A partir da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscou-se, neste trabalho, delinear os contornos do instituto da excessiva onerosidade superveniente consagrado nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002, analisando o seu âmbito de incidência, os requisitos exigidos para sua deflagração e os efeitos decorrentes de sua aplicação. Após a exposição até aqui percorrida, podem ser sintetizadas as seguintes conclusões:

1. Concretizando a nova tábua axiológica inaugurada pela Constituição da República, o Código Civil de 2002 inovou em relação ao Código Civil de 1916 ao dispor expressamente sobre a possibilidade de resolução e revisão dos contratos de duração com base na superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, capazes de comprometer o equilíbrio entre as prestações, tal qual estabelecido originalmente pelos contraentes. A consagração do instituto da excessiva onerosidade pelo Código Civil serve a demonstrar que a teoria contratual deduzida do ordenamento jurídico brasileiro pressupõe a flexibilização dos princípios clássicos, em especial, neste caso, do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato.

2. O Código Civil de 2002 tutela a possibilidade de resolução ou revisão dos contratos por onerosidade excessiva em dois momentos distintos: no art. 317 (constante no Livro do Direito das Obrigações, Título III – Adimplemento das Obrigações, Seção III – Do Objeto do Pagamento e sua Prova), e nos arts. 478 a 480 (também inseridos no Livro do Direito das Obrigações, mas no Título V – Dos Contratos em Geral, Seção IV – Da Resolução por Onerosidade Excessiva). Os artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil devem ser interpretados em conjunto, como partes de um sistema complexo de regulação da teoria da excessiva onerosidade aplicável às relações paritárias no Direito brasileiro.

3. O artigo 478 do Código Civil, inicialmente, limita a incidência da teoria da excessiva onerosidade aos contratos de execução continuada ou diferida. O legislador, na realidade, tomou a parte pelo todo, empregando a expressão “contratos de execução continuada ou diferida” no sentido de qualquer contrato de duração. A rigor, para a aplicação da teoria da excessiva onerosidade, mostra-se essencial que o fator tempo tenha a possibilidade de incidir na relação contratual de modo a provocar uma variação substancial entre o sacrifício econômico originalmente comprometido na celebração do contrato e o existente no momento de execução

do ajuste. Ou seja, é necessário que haja um intervalo temporal (mesmo que curto) entre o momento de celebração do contrato e o momento de sua execução.

4. O Código Civil não exige, para a aplicação do instituto da excessiva onerosidade, que se trate de contratos nos quais as partes tenham necessariamente pactuado a dilação da execução contratual, admitindo a incidência da teoria da excessiva onerosidade a todos os contratos cuja fase de execução se desenvolva com diferimento, seja em razão da vontade original das partes seja por força de outras razões não imputáveis à conduta de um dos contratantes. Assim sendo, mostra-se possível a aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos casos em que o contrato, originalmente de execução instantânea, se torna de execução diferida em razão de fato não relacionado à vontade das partes.

5. Os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade devem ser compreendidos como o resultado da ponderação feita pelo legislador entre os princípios contratuais da autonomia privada e do equilíbrio econômico financeiro entre as prestações. Tais requisitos exercem propositadamente a função de limitar as hipóteses de resolução ou revisão contratual, conformando os princípios da autonomia privada e do equilíbrio contratual em favor da segurança e da estabilidade das relações jurídicas.

6. Muito embora a imprevisibilidade do fato superveniente constitua requisito ligado originalmente ao paradigma voluntarista, tendo em vista que diz respeito ao alcance da vontade das partes no momento de celebração do negócio, busca-se atualmente relativizar o conceito de imprevisibilidade aludido nos artigos 317 e 478 do Código Civil, despidendo-o de seu conteúdo subjetivo, de modo a desvincular a noção de qualquer tipo de análise da representação mental dos contratantes. O requisito da imprevisibilidade, dessa forma, deve ser relativizado, para considerar-se a expressão em seu significado normativo, de correspondência à legítima expectativa das partes no momento da conclusão do ajuste, devendo-se verificar se a desproporção, objetivamente considerada, era ou não imprevisível.

7. A imprevisibilidade deve ser verificada com relação à concreta situação verificada e não *in abstracto*. Imprevisível é aquilo que não pode ser legitimamente esperado pelos contratantes no momento da conclusão do ajuste, levando-se em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, o conjunto de informações disponíveis às partes no momento da

contratação, as características do ramo de atividade no qual a prestação devida se encontra inserida bem como a natureza do objeto do contrato.

8. Extraordinário é o evento que foge completamente ao curso ordinário dos acontecimentos. Parte da doutrina tem relacionado o requisito da extraordinariedade aos fatos que escapam da álea contratualmente ajustada pelas partes na medida em que os acontecimentos ordinários ou corriqueiros se inserem nos riscos contratualmente assumidos.

9. A álea normal do contrato (em sentido econômico e não jurídico), que exclui a revisão ou a resolução por onerosidade excessiva superveniente, é constituída pela incerteza do resultado econômico do negócio concluído, ou seja, pelo risco normal de ocorrência de fatos que acarretam a oscilação entre o custo e o valor das prestações, risco esse que as partes se submetem em qualquer contrato de execução diferida inserido nas ordinárias flutuações do mercado. A álea ordinária possui sentido *qualitativo* na medida em que diz respeito aos eventos que se encontram abrangidos pelos riscos ordinários da contratação.

10. A exigência do requisito da extraordinariedade do evento ensejador da onerosidade excessiva significa que apenas são relevantes, para fins de aplicação da teoria, os agravamentos econômicos cujos riscos não façam parte da álea contratual típica da avença ou não tenham sido assumidos pelas partes no contrato (álea convencional), de forma que tais eventos possam ser considerados como excepcionais em relação à ordinária e previsível dinâmica do mercado. O juízo acerca da extraordinariedade do evento causador da excessiva onerosidade, portanto, deve se basear não apenas na álea da abstrata *fattispecie* negocial, mas também no conteúdo específico do acordo.

11. A imprevisibilidade e a extraordinariedade pode dizer respeito tanto à verificação do fato em si como aos efeitos do fato, ou seja, à idoneidade do evento para produzir certo efeito, ou mesmo sua duração e intensidade. Assim sendo, pode-se falar em imprevisibilidade mesmo na hipótese em que determinado fato já tenha começado a produzir seus efeitos no momento de celebração do contrato ou que nesse momento sua incidência já era previsível, mas era então impossível prever que tal evento pudesse resultar em determinadas consequências ou atingir tão longa duração ou intensidade.

12. Deve-se excluir das hipóteses autorizadores da aplicação da teoria da imprevisão os acontecimentos que estejam circunscritos à esfera pessoal do contraente, como a perda de emprego, a doença, etc. No entanto, isso não significa que deve ser excluído da incidência da teoria um fato externo, imprevisível e extraordinário, que atinja apenas um ou um grupo pequeno de devedores, os quais nesse caso, presentes os demais requisitos, poderão invocar os remédios da excessiva onerosidade.

13. No caso de excessiva onerosidade temporária, a sentença que a reconhece somente produzirá efeitos enquanto perdurar a onerosidade excessiva da prestação, configurando, portanto, hipótese de decisão judicial com eficácia subordinada à manutenção das circunstâncias levadas em consideração do julgador. Tal hipótese mostra-se plenamente admissível no sistema jurídico brasileiro, que expressamente admite sentença sobre relação jurídica condicional (parágrafo único do art. 460 do Código de Processo Civil).

14. A excessiva onerosidade não se confunde com o caso fortuito ou a força maior. O caso fortuito ou a força maior relaciona-se à inexecução involuntária da prestação, extinguindo-se a obrigação pela absoluta impossibilidade de seu cumprimento, em vista de fato superveniente. O regime da excessiva onerosidade superveniente previsto no Código Civil, por sua vez, se aplica às alterações de circunstâncias que, perturbando a economia negocial, não acarretam, contudo, a impossibilidade de prestação de qualquer das obrigações previstas no contrato, mas sim a extrema dificuldade no adimplemento, tendo em vista o forte desequilíbrio contratual.

15. A mera dificuldade subjetiva de adimplemento (ou seja, qualquer impedimento de natureza subjetiva à execução da prestação) não justifica a aplicação dos remédios da revisão ou resolução contratual previstos no Código Civil. Exige-se, dessa forma, que o evento causador da excessiva onerosidade seja externo às condições pessoais do devedor.

16. O Código Civil não exige, para a aplicação da teoria da imprevisão, que a prestação tornada excessivamente onerosa acarrete a ruína econômica do devedor. A excessiva onerosidade deve ser avaliada, portanto, focando-se exclusivamente na relação sinalagmática entre a prestação e contraprestação (no caso dos contratos sinalagmáticos), ou unicamente na própria prestação (no caso dos contratos unilaterais).

17. A excessiva onerosidade deve ser verificada, (i) nos contratos bilaterais, através da significativa alteração da relação originária de equilíbrio entre prestação e contraprestação (que pode se verificar de diversas formas) e, (ii) nos contratos unilaterais, por meio da observação da oscilação de valor da única prestação principal prevista na relação contratual, ou seja, através da comparação da prestação consigo mesma em momentos diversos da relação contratual, tendo em vista que ela representa, nessas espécies de contrato, a totalidade do empenho econômico alocado pelas partes na relação contratual.

18. No que tange ao montante capaz de configurar uma onerosidade excessiva tal alteração de valor não pode representar mero agravamento do sacrifício econômico suportado pelo devedor, uma vez que sempre será possível, e, portanto, dentro do risco ordinário das contratações, a ocorrência de oscilações no que tange ao valor originalmente acertado, mas deve significar agravamento excessivo, manifesto, de tal modo que a manutenção do vínculo contratual seja fonte de iniquidade, por destruir por completo a comutatividade inicialmente pactuada.

19. Na avaliação da excessiva onerosidade, o magistrado deve levar em conta os preços objetivamente praticados no mercado no qual se insere o contrato sob análise e as legítimas expectativas das partes contratantes. Conforme já exposto, a teoria da excessiva onerosidade não protege os contratantes em face de danos inseridos na álea ordinária do contrato, a qual varia conforme o tipo do contrato, seu conteúdo concreto e as circunstâncias que o acompanharam desde sua conclusão.

20. O requisito da extrema vantagem não pode ser entendido apenas como um efetivo enriquecimento patrimonial, de dimensões econômicas, e tampouco se apresenta, dogmaticamente, como um pressuposto a ser isoladamente analisado para a revisão ou resolução obrigacional, tendo em vista que o que se encontra sob análise é a equação contratual e o equilíbrio concreto entre as prestações. A extrema vantagem, assim como a excessiva onerosidade, somente pode ser verificada a partir do cotejo entre as correspectivas atribuições patrimoniais deduzidas na relação contratual. Compreendida dessa forma, a extrema vantagem frequentemente nada mais será do que a consequência automática da onerosidade excessiva.

21. Para aplicação dos remédios legais da teoria da imprevisão, a superveniente excessiva onerosidade da relação contratual não pode ser imputável à conduta de um dos

contratantes, seja na hipótese da parte ter contribuído para a verificação do evento causador do desequilíbrio, seja em razão da parte que pretende se valer da teoria da excessiva onerosidade se encontrar em mora.

22. O instituto da excessiva onerosidade excessiva, no entanto, se aplica não somente a contratos bilaterais ou sinalagmáticos, mas também aos contratos unilaterais, sejam eles gratuitos ou onerosos. No caso dos contratos unilaterais, o Código Civil elegeu expressamente, como remédio prioritário da excessiva onerosidade, a revisão da relação contratual, que pode ser pleiteada diretamente pelo autor da ação seja através da redução da prestação devida, seja por meio da modificação da forma de sua execução (alteração de prazos, local da entrega, etc.). Embora o artigo 480 do Código Civil não estabeleça a possibilidade de resolução dos contratos unilaterais por onerosidade excessiva, tal alternativa é possível nas hipóteses em que a prestação objeto do contrato seja indivisível ou, por sua própria natureza, não seja suscetível de redução ou modificação da forma de sua execução.

23. Não se pode excluir, de antemão, a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios. A revisão ou resolução do contrato aleatório por excessiva onerosidade não poderá ser aceita na hipótese em que o evento superveniente causador do desequilíbrio se relacione com a álea jurídica específica assumida pelos contratantes. Por outro lado, caso o desequilíbrio superveniente não se relacione à álea do contrato, a relação contratual se submeterá à mesma disciplina da excessiva onerosidade prevista para os contratos comutativos. Nessas hipóteses, presentes os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão, poderá o contrato aleatório ser revisto ou resolvido.

24. Não obstante a redação do artigo 478 do Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro permite, mesmo no caso dos contratos bilaterais, que o autor da ação por onerosidade excessiva superveniente pleiteie diretamente a revisão – e não apenas a resolução – do contrato. A revisão, com a consequente conservação do negócio jurídico, consiste no remédio prioritário a ser levado a cabo pelos magistrados no julgamento das hipóteses de desequilíbrio superveniente dos contratos. A revisão do contrato será preferível à sua resolução sempre que aquela for possível, em homenagem ao princípio de conservação dos contratos.

25. O art. 478 do Código Civil, ao determinar que os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato por onerosidade excessiva retroagirão à data da citação, permite

concluir que (i) a excessiva onerosidade não opera automaticamente, sendo necessária manifestação judicial para a extinção do vínculo e (ii) a resolução ou revisão do contrato não abrange as prestações exigíveis (adimplidas ou não) antes da citação da parte ré no processo judicial.

26. A excessiva onerosidade no direito brasileiro não é prevista como causa de extinção automática da obrigação (como são as hipóteses de impossibilidade superveniente em razão de caso fortuito e força maior – art. 393 do Código Civil), nem como causa de legítima recusa ao adimplemento (como é o instituto da exceção do contrato não cumprido – art. 476 do Código Civil). Por tal razão, deve a resolução ou revisão contratual por excessiva onerosidade ser objeto de demanda específica, seja por meio uma ação principal, seja através da via reconvenicional.

27. A oferta de modificação equitativa do contrato prevista no art. 479 do Código Civil pode ser apresentada dentro ou fora do processo judicial. Se for apresentada fora do processo, possui a natureza de proposta negocial. Sendo ela apresentada durante a ação de resolução do contrato por excessiva onerosidade (o que poderá ser feito apenas até o momento de apresentação da resposta do réu), e não tendo havido aceitação pela parte contrária, a oferta perde seu caráter original de proposta negocial e assume a natureza de uma específica demanda judicial, incumbindo ao juiz avaliar sua idoneidade e, nesse caso, determinar a revisão do contrato.

28. O réu da ação de resolução contratual por onerosidade excessiva não possui o ônus de apresentar uma oferta específica de revisão (com o conseqüente risco de sua rejeição em caso de inidoneidade), podendo se limitar a manifestar sua contrariedade à resolução do contrato, remetendo ao juiz à determinação do conteúdo das modificações contratuais necessárias para reconduzir a avença à equidade. Para a oferta de modificação equitativa do contrato ser considerada idônea, basta que seu conteúdo seja suficiente a reconduzir o negócio para dentro dos confins da álea ordinária que resultou concretamente superada, sem que seja necessário eliminar completamente a disparidade existente entre as prestações, ou seja, não se mostra necessário que a oferta reestabeleça exatamente o equilíbrio entre as respectivas posições contratuais existente no momento da estipulação do contrato.

29. A revisão judicial do contrato deve restabelecer o contrato em uma dimensão sinalagmática tal que, se existisse ao momento da execução do ajuste, não permitiria à parte onerada demandar a resolução ou a revisão do ajuste. As novas condições contratuais, portanto, devem se limitar a atenuar a excessiva onerosidade (a ponto de eliminar a característica “excessiva” da prestação), de modo a reconduzir o contrato aos limites permitidos pela álea normal do ajuste, sem a necessidade de restabelecer o equilíbrio exato entre as prestações existente no momento de sua estipulação.

31. A modificação do contrato admite diversas soluções. Assim, tanto pode envolver a redução das prestações devidas pela parte lesada, como o agravamento das prestações impostas à contraparte, ou uma solução híbrida, em que as posições de cada um dos contraentes sejam reajustadas. A revisão contratual pode, ainda, consistir na alteração do *modo* de execução contratual ou na alteração de qualquer outra disposição contratual relevante, que tenha como consequência sanar a excessiva onerosidade superveniente do contrato. No entanto, não obstante ser teoricamente permitido que o julgador altere inclusive o modo de execução do contrato, não pode ele, com isso, modificar, sem a anuência do réu, a própria natureza do contrato (alterando uma obrigação de pagar determinada quantia por uma obrigação de fazer, por exemplo), sob pena de violação ao art. 313 do Código Civil.

32. Mostra-se inválida a cláusula contratual que determine o genérico afastamento dos remédios da excessiva onerosidade, o que não impede que as partes assumam os riscos da excessiva onerosidade decorrente de fatos específicos, tais como riscos geológicos, determinados índices de inflação ou uma específica conjuntura internacional.

33. É perfeitamente legítimo no ordenamento jurídico brasileiro que as partes regulem por si próprias, em substituição ao regime legal previsto nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, os mecanismos contratuais de revisão ou resolução do contrato em caso de excessiva onerosidade superveniente da prestação. É possível encontrar fundamentalmente, na experiência nacional e estrangeira, duas espécies de recursos – com características específicas – utilizados pelas partes para converter uma relação contratual estática em uma relação evolutiva: (i) as cláusulas de reindexação e (ii) as cláusulas de renegociação (também conhecidas na prática contratual internacional como cláusulas de *hardship*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: Da Extinção do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, V. VI, t. II.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

_____. Projeto de Código Civil: As Obrigações e os Contratos. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo6.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000.

ANTUNES VARELA, João de Matos; DE LIMA, Pires. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 4v., V. I: arts. 1.251-1.575.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 25, jan./mar. 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em especial, Onerosidade Excessiva (Laesio Enormis). In: M. L. DELGADO (Coord.); J. F. ALVEZ (Coord.). *Questões Controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. V. 2.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BALESTRA, Luigi. *Il contratto aleatorio e l'alea normale*. Padova: CEDAM, 2000.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Apontamentos para um estudo comparado da revisão contratual por excessiva onerosidade nos direitos brasileiro, português e italiano. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 24, out./dez. 2005.

BERGER, Klaus Peter. Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, jun. 2003.

BERNARDINI, Piero. Hardship e force majeure. In: BONELL, Michael J. (Org); BONELL, Franco (Org). *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*. Milano: Giuffrè, 1997.

BESSONE, Mario. *Adempimento e Rischio Contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1998.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffè, 1953. 3v., V. I.: Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'Obbligazione

BOSELLI, Aldo. *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952.

_____. Eccessiva Onerosità. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: VTET, 1957. T. VI.

BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Aspectos Positivos e Negativos da Revisão Contratual no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 849, jul. 2006.

_____. A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 782, dez. 2000.

BRACCIANTI, Carlo. *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1946.

BRANDÃO, Diogo de Paiva. Considerações sobre o problema da imprevisão. *Boletim da Faculdade de Direito (suplemento ao vol. XVII)*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1944.

BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, 2010.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. 8v., V. VI, parte I: Das obrigações, dos contratos e da prescrição em matéria comercial

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. V. XV: Arts. 1.079-1.121.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. *Da Revisão dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. A Teoria da Base do Negócio Jurídico. In: Véra Maria Jacob de FRADERA (org.). *O Direito Privado na Perspectiva de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

D'ANDREA, Stefano. *L'offerta de equa modificazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006.

DA FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Forense, 1958.

DA SILVA, Luís Renato Ferreira, *Do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DE ARAÚJO, Nadia. *Contratos Internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação segundo a lex mercatória, para o plano interno nos contratos de longa duração*. In: ROSADO, Marilda (Org.). *Estudos e pareceres. Direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE ASSIS, Araken et al; ALVIM, Arruda (Coord.); ALVIM, Thereza (Coord.) *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 9v., V. 5: Comentários aos artigos 421 a 578.

DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: _____. *Novos Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade, eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 750, abr. 1998.

_____. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentada para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009.

DE MARTINI, Angelo. *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*. Milano: Giuffrè, 1950.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio a: Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DÍAZ, Julio Alberto. A Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, n. 20, ano 5, out-dez 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2008. 5v., V. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento

FABRE, Régis. *Les clauses d'adaptation dans les Contrats*. Paris: RTDC, 1983.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 35, jul./set. 2008.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Lisboa: Ed. Quid Juris, 2001.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. Adimplemento e extinção das obrigações. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais São Paulo, 2007.

FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

GABRIELLI, Enrico. *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*. Disponível em <www.juscivile.it>. Acesso em: 27 mar. 2013.

GABRIELLI, Enrico. L'eccessiva onerosità sopravvenuta. In: BESSONE, Mario (Coord.). *Trattato di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. V. XIII. T. VIII.

GALLO, Paolo. Changed conditions and problems of price adjustment: an historical and comparative analysis. *European Review of Private Law*, Neatherlands: Kluwer Law International, v. 6, n. 3, jun. 1998.

_____. *Soppravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto*. Milano: Giuffrè, 1992.

GAMA E SOUZA, Lauro Jr. Os Princípios Unidroit relativos ao comércio internacional, 2004 e o Direito brasileiro: convergências e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 8, 2006.

GAMBINO, Agostino. Eccessiva Onerosità della Prestazione e Superamento dell'Alea Normale del Contratto. *Rivista del Diritto Commerciale*, Padova: La Piccin Nuova Libreria, n. 11-12, nov./dez., 1960.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1958. 15 v., V. IV. T. I.

GOMES, Julio. Cláusulas de Hardship. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *Contratos: actualidade e evolução (Actas do Congresso)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Transformações no Direito das Obrigações*, São Paulo: RT, 1980.

GRANIERI, Massimiliano. *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milano: Giuffrè, 2007.

HESPANHA, Antonio M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1997.

LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato*. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LEWICKI, Bruno; TEPEDINO, Gustavo; DE MORAES, Maria Celina Bodin. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 13, jan.2003.

LYNCH DE MORAES, Maria Antonieta. Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva. In: NETTO, Paulo Luiz (Coord.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. V. III, 1ª Parte: Dos Contratos em Geral.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 2: Obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)

KARAMPATZOS, Antonis. *Supervening Hardship as a subdivision of the general frustration rule: a comparative analysis with reference to Anglo-American, German, French and Greek Law*. *European Review of Private Law*, Neatherlands: Kluwer Law International, v. 13, n. 2, jul. 2005.

KHOURI, Paulo R. Roque. *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.

MAIORCA. *Il contratto - Profili della disciplina generale*. Torino: UTET, 1996.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: JABUR, G. H.; PEREIRA JÚNIOR, A. J. (Coord). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.) *Transformações contemporâneas do direito das obrigações: estudos em homenagem a Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

_____. A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro. *Rivista Roma e America – Diritto Romano Comune*, Roma, v. 16, fev., 2003.

_____. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 670, mai. 1991.

_____.; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. V, t. 1.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1987.

_____. *Da Boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

_____. Os Dilemas da Ciência do Direito no Final do Século XX. In: CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1952.

MONTEIRO, Antonio Pinto; MONTEIRO GOMES, Júlio. *A Hardship Clause (Breve Apontamento)*. Porto: Juris et Jure, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos Contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 21, jan./mar. 2005.

_____. O procedimento de qualificação dos contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense v. 309, jan./mar. 1990.

MORELLO, Augusto M. *La Adecuación del Contrato: por las partes, por el juez, por los árbitros*. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L., 1994.

MOSCO. *Onerosità e gratuita degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1942.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 3.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001.

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

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente nos contratos de duração. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 50, abr./jun. 2012.

OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista del diritto commerciale*, Milano: Vallardi, jan. 1943.

OSILIA, Elio. Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, jan. 1949.

OSTI, Giuseppe. Clausola “rebus sic stantibus”. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: UTET, 1957. T. 3.

PARDOLESI. Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità. *Foro it.*, Torino: G.Giappichelli Editore, v. I, jan. 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. III: Contratos.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro: UERJ, n^{os}. 6 e 7, 1998-1999.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINO, Augusto. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Barcelona: Bosch, 1959.

PINTO, José Emilio Nunes. *O mecanismo multietapas de solução de controvérsias*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6024/o-mecanismo-multi-etapas-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 18 mai. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. V. 25:

POTTER, Nelly. *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, V. 830, dez. 2004.

REALE, Miguel. *Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado*. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 2005.

RENNER, Rafael Henrique. *A Proteção do Equilíbrio Contratual no Código Civil de 2002*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, 2006.

RESCIGNO, P. L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. In: AA. VV. *Inadempimento, adattamento, arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1992.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia, 1937.

ROCHA DE GOUVEIA, Alfredo José Rodrigues. *Da teoria da imprevisão nos contratos cíveis*. Lisboa: Revista da Faculdade, Suplemento, 1958.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

RUBINO, D. *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*. *Foro it.*, Torino: G.Giappichelli Editore, v. I, jan., 1981.

SACCO, Rodolfo. *Il contratto*. Torino: Utet, 2004, T. II.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O Desequilíbrio da Relação Obrigacional e a Revisão dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Método, 2002.

SCALFI, Gianguido. *Corrispettività e alea nei contratti*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1960.

SCHREIBER, Anderson. *O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão*. In: VENOSA, Sílvio de Salvo (Coord.); GAGLIARDI, Rafael Villar (Coord.); NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 Anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *A Onerosidade Excessiva Superveniente no Código Civil: Críticas e Questões Controvertidas*. São Paulo: LTr, 2010.

SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *A Cláusula Rebus Sic Stantibus no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

STROHBACH, Heinz. Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts and arbitration; the East German Approach, *Journal of International Arbitration*, Paris: ICC, v. 1, n. 41-42, jan. 1984.

TABET, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TARTAGLIA, Paolo. Onerosità eccessiva. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1980. T. XXX.

TEPEDINO, Gustavo; DE MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. I.

_____. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V. II.

TEPEDINO, Gustavo. A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado. *Revista Forense*, São Paulo: Forense, v. 301, jan.1988.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. V.1.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. V. 1.

_____. Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: A Exegese da Cláusula To The Best Knowledge Of The Sellers. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar 2006. V. 2.

TERRANOVA, Carlo G. L'eccessiva onerosità nei contratti. In: SCHLESINGER, P. (Org.) *Il Codice Civile. Commentario*. Milano: Giuffré, 1995.

TRABUCHI, A. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1985.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa: Imprensa Oficial, v. 68, jan. 1957.

VELENCOSO, Luz M. Martinez. *La alteración de las circunstancias contractuales*. Madrid: Civitas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. V. II: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.

WALD, Arnaldo. *A Cláusula de Escala Móvel*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.