

1ª edição – 2003

© Copyright
Judith Martins-Costa

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

M347c
t.1

Martins-Costa, Judith, 1952 –

Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações / Judith Martins-Costa. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Conteúdo: v. 5, t. I. Artigos 304 a 388

Inclui bibliografia

ISBN 85-309-1762-6

1. Brasil. [Código civil (2002)]. 2. Obrigações (Direito). I. Título.

030435. CDU 347.44

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br
Críticas e sugestões: glaucia@forense.com.br

Av. Erasmo Braga, 299 – 1º, 2º, 5º, e 7º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2533-5537 – Fax: (0XX21) 2533-4752

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

A Miguel Reale Júnior, companheiro na aventura de cada dia, companheiro também na redação destes Comentários.

Em memória de meu pai, Professor Antônio de Almeida Martins Costa Neto, quem primeiro me fez compreender o Direito das Obrigações e, portanto, amar o Direito.

da tutela do consumidor,⁴⁰⁷ de defesa comercial,⁴⁰⁸ a das agências reguladoras, de defesa do meio ambiente, de tutela do crédito rural, etc.,⁴⁰⁹ bem como os princípios antes destacados: tais normas incorporam os efeitos materiais da ordem pública de direção e podem limitar ou impedir a eficácia do pacto de aumento das prestações.

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.

Direito anterior – Sem paralelo no Código Civil, embora a regra fosse prevista em leis especiais, como a Lei nº 8.666 de 1995, para os contratos administrativos. Também vigorante, sob outra formulação, no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso V, segunda parte⁴¹⁰ e nos contratos de locação residencial (Lei nº 8.245, de 18.10.91, art. 68, e Lei nº 9.069, de 29.06.1995, art.

⁴⁰⁷ Constitui crime contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, exemplificativamente, “elevant sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado” (Lei 8.137, de 27.12.90, art. 4º, inciso VII). É, por sua vez, “prática infrativa”, “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (Dec. 2.181, de 20.03.97, art. 12, inc. VI).

⁴⁰⁸ De modo especial a Lei nº 9.019, de 30.03.95 (relativa à repressão da prática do *dumping*).
⁴⁰⁹ Lei nº 9.984, de 17.07.2000 (dispondo sobre a Agência Nacional de Águas – ANA); Lei nº 5.070, de 7.07.66 (cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações) e Lei nº 9.472, de 16.07.97 (dispõe sobre os serviços de telecomunicações e a Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL); Lei nº 9.427, de 26.12.96 (institui a Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL); Lei nº 9.478, de 6.08.97 (dispõe sobre a política energética e cria a Agência Nacional do Petróleo, ANP) com as alterações da Medida Provisória 2.127-5, de 27.12.2000; Lei nº 9.961, de 28.01.2000, relativa à Agência Nacional de Saúde, ANS; Lei nº 9.782, de 26.01.1999 (define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA).

⁴¹⁰ *Verbis*: “São direitos do consumidor:

21, § 4º).⁴¹¹ O princípio da revisibilidade por excessiva onerosidade vinha, por vezes, tendo aplicação jurisprudencial sob diversas formulações (Teoria da Imprevisão, Teoria da Excessiva Onerosidade, Teoria da Base Objetiva do Negócio, o princípio do enriquecimento sem causa ou o direito chamamento da cláusula *rebus sic stantibus*).

Direito comparado – Código Civil italiano, art.1.467; na Alemanha, por concreção judicial do § 242; Código Civil português, art. 437.

COMENTÁRIO

1. *Fattispecie* prevista

Trata-se da consagração legislativa da revisão judicial das prestações em virtude de desequilíbrio ou desproporção, superveniente à formação da relação obrigacional. Não prevista no Código de 1916, e até mesmo rejeitada por princípios dele dedutíveis (v.g. art.1.246), a revisão já vinha sendo

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

não fala em imprevisíveis

411 *Verbis*: As obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais, com cláusula de correção monetária baseadas em índices de preços, em que a periodicidade de reajuste pleno é maior que a periodicidade de pagamento, serão convertidas em REAL, no dia 1º de julho de 1994, de acordo com as disposições abaixo:

[...] § 4º Em caso de desequilíbrio econômico-financeiro, os contratos de locação residencial, inclusive os convertidos anteriormente, poderão ser revistos, a partir de 1º de janeiro de 1995, através de livre negociação entre as partes, ou judicialmente, a fim de adequá-los aos preços de mercado, sem prejuízo à ação revisional prevista na Lei nº 8.245, de 1991.

colida por algumas decisões judiciais, seja para obstar os efeitos corrosivos da inflação, seja para re-equilibrar prestação e contraprestação tornando desproporcionais em virtude de atos de intervenção estatal⁴¹² no domínio

412 Desde a que é, s.m.j., a pioneira decisão (TJSP, Ap. Civ. 75.803, Rel. Des. Joaquim de SYLOS CINTRA, j. em 11.05.1956 assim ementada: "Empreitada. Administração. Contrato que faz pressupor a responsabilidade do empreiteiro pelo financiamento do sobre-improcedente. Contrato. Interpretação. Aplicação da Teoria da Imprevisão. Ação Declaratória moderna teoria da imprevisão. Invocação da cláusula *rebus sic stantibus* e da exemplificativo: TJRS, Ap. Civ. 586053548, Sexta Câmara, Civ., rel. Des. Adroaldo Furtado FABRÍCIO, j. em 24.03.1987, in verbis: "Revisão judicial do contrato. Não é 'contrato aleatório', por isso excluído da possibilidade de revisão, a venda a futuro de feijão-soja, cujo preço contratado veio a tornar-se inferior ao mínimo oficial por força da inflação e da aplicação da tabela deflacionária cruzeiro/cruzado. De preferência à revolução ou anulação, cabe aí a revisão da condição-preço, que deve, pela intervenção judicial, elevar-se à igualdade com o preço mínimo da garantia. As normas instituidoras de preços mínimos não se destinam a privilegiar determinado setor da economia, mas a mantê-lo minimamente capitalizado e produtivo, no interesse de toda a sociedade. Trata-se, pois, de normas de ordem pública (...), grifos nossos. TJRS, M. Seg. 587050220, Quinta Câmara, Civ., Rel. Des. Ruy ROSADO DE AGUIAR JR., j. em 15.12.1987, como segue: "Contrato. Revisão. Alteração da Base do Negócio. Direito de o contratante pedir a revisão de cláusula contratual face à modificação das bases do negócio. Contrato de financiamento realizado ao tempo do Plano Cruzado, cujas prestações hoje se tornam excessivamente onerosas para o devedor. (...)". STJ, RESP 8473-RJ, Quarta T., Rel. Min. Athos GUSMÃO CARNEIRO, j. em 23.10.1991, in verbis: "Cláusula *rebus sic stantibus*. Ação Revisional de contrato de construção e venda de unidade habitacional em prédio em condomínio, pretensão da construtora e vendedora à correção monetária das parcelas devidas com e após a entrega das chaves. Contrato avençado durante o 'Plano Cruzado I'. A correção monetária, como um aspecto diferenciado da teoria da imprevisão no contexto peculiar da economia brasileira, pode incidir mesmo nos contratos avençados sem a sua previsão. Contrato firmado durante o Plano Cruzado I, sob custos congelados e geral expectativa em todas as classes sociais e com raras exceções, de que a inflação estivesse debelada ou reduzida a razoáveis proporções, permitindo assim a contratação de construções ou de prestações apenas de juros. Retomada da inflação, autorizada a atualização da moeda desvalorizada a ponto de afetar a comutatividade contratual". Ainda, TJRS, Ap. Civ. 193051083, Quarta Câmara, Civ., Rel. Des. Márcio de Oliveira PUGGINA, j. em 24.06.1994, in verbis: "Onerosidade Superveniente. Contrato Bancário. Contrato de financiamento à produção. Interesse público revelado pela função econômica do contrato. Superação do rigor do *pacta sunt servanda*. Consideração ao fim comum do contrato: produção, em que a instituição financeira é o agente financiador e o financiado o agente produtor. Onerosidade excessiva por fato superveniente, caracterizada pela desproporção do preço

nio econômico por meio de planos econômicos⁴¹³ ou da fixação de preços mínimos para determinados produtos.⁴¹⁴ A inclusão da revisibilidade dos contratos no domínio das relações de consumo por desequilíbrio superveniente à conclusão do ajuste que tornasse a prestação a cargo do consumidor "excessivamente onerosa" (CDC, art. 6º, V, 2ª parte) teve força expansiva, estendendo a regra da revisão, por vezes, para o próprio domínio das relações de direito comum.

Por estas razões, se é bem verdade que a regra do art. 317 pode ser considerada um avanço em relação ao Código Civil de 1916, também é verdade que a sua redação, devida à Subemenda nº 3 à Emenda nº 38, do Senado Federal, constitui retrocesso relativamente ao texto do Anteprojeto de 1975 e aquele proposto em 1984 pela Câmara dos Deputados, bem como ao estado atual da jurisprudência. Sua interpretação deve ser feita, pois, com as cautelas que a compreensão da *vocação dinâmica e prospectiva* dos modelos jurídicos produz⁴¹⁵ e, ainda, de maneira relacionada com outros dis-

do produto objeto da produção e o valor da prestação. Risco negocial que deve ser suportado por ambas as partes. Correção do valor do débito pela evolução do preço do pernil de porco, principal produto da devedora" (grifos originais).

413 Assim, TJRS, Ap. Civ. nº 588059113, 5ª Câmara, Civ., j. em 06.12.88, Rel. Des. Ruy ROSADO DE AGUIAR JR., que comentamos em MARTINS-COSTA, Judith. O Princípio da Boa-Fé. *Revista da Juris*, Porto Alegre, vol. 50, novembro 1990, p. 207-227.

414 Exemplificativamente, TJRS, Civ. Ap. Civ. 586053548, Sexta Câmara, Civ., rel. Des. Adroaldo Furtado FABRÍCIO, j. em 24.03.1987, in RJTJRS 130/32, cuja ementa foi acima transcrita.

415 Como acentua Miguel REALE, os modelos jurídicos são marcados por um essencial dinamismo, sendo-lhe inerente "o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados". Um modelo pode, assim, articular normas de hierarquia diversa, compondo, numa unidade de sentido, princípios constitucionais, regras infraconstitucionais e prescrições que resultam da atividade jurisdicional, por isto é que, enquanto expressivas de modelos, as normas "passam a ser captadas (...) em sua plenitude só quando o intérprete atende à dinamicidade que lhes é inerente e à totalidade dos

positivos do Código (notadamente o princípio da boa-fé objetiva e a sua manifestação no *equilíbrio contratual*), para que, em atenção a uma exegese meramente literal, não-sistemática nem teleológica, não se corra o risco de voltar atrás em conquistas advindas de modelo jurisprudencial mais consentâneo com as efetivas necessidades de justiça contratual.

É justamente por isto que parece essencial apontar as vicissitudes da sua tramitação legislativa, que podem auxiliar na interpretação do novo Texto.

2. Vicissitudes da tramitação legislativa

No Anteprojeto apresentado pela Comissão Revisora e Elaboradora, o texto, então art. 311, facultava ao juiz, a pedido da parte, atualizar o valor da moeda

“quando houver desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, de modo a preservar, quanto possível, a equivalência das prestações”⁴¹⁶.

fatores que atuam em sua aplicação ou eficácia, ao longo de todo o tempo de sua vigência” (Ver, do autor, *Fontes e Modelos no Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 30 et seq. Como acentuamos em comentário à Teoria dos Modelos realista, bem por isto, não são os modelos estruturas estáticas ou fixas, presas ao passado: sendo elaborados continuamente têm, a par da vocação retrospectiva (por decorrerem das fontes, que são estáticas) a vocação prospectiva, pois se projetam no presente e para o futuro, assim agregando a experiência do passado, mas estando abertos para o que está por vir, nesta perspectiva possibilitando a solução de novos problemas ou a adequação das soluções tradicionais às novas escalas axiológicas vigentes (em MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé como Modelo: uma aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 194).

⁴¹⁶ Segundo texto manuscrito e inédito de Miguel REALE, que revisou, consolidou e alterou, em parte, a redação do Relator original, Agostinho ALVIM, foi por ele incluída a cláusula

Como se percebe, no suporte fático de sua incidência estava, tão-somente, a “manifesta desproporção” entre prestação e contraprestação pecuniária, em razão de desvalorização da moeda. Porém, concedia-se ao juiz à faculdade, e não o dever, de promover a correção.

Na Câmara dos Deputados (art. 317), a redação foi aperfeiçoada, para constar:

“Art. 317. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz determinará a correção mediante aplicação dos índices oficiais, por cálculo do contador.”

Já aí ao juiz não era concedida mera faculdade, mas, efetivamente, o poder-dever de revisar o contrato, para adequá-lo à sua base original. Porém, no Senado, emenda de nº 38 do Senador Gabriel Hermes, propôs simplesmente suprimir o artigo.⁴¹⁷ Ao opinar sobre a proposição, o Presidente da Comissão Revisora e Elaboradora ponderou da conveniência de sua manutenção, voltando, em parte, à redação do Anteprojeto, para constar:

“Art. 317. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, deverá o juiz corrigi-lo, a pedido da

“de modo a que preserve, o quanto possível, a equivalência das prestações”, onde antes constava “ordenar-lhe o reajustamento, a fim de evitar o prejuízo”. A idéia, como se vê, era a da manutenção da equivalência das prestações em razão da desvalorização da moeda.

⁴¹⁷ Veja-se REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil no Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 1998. vol. 1, p. 167.

parte, de modo que preserve, quanto possível, a equivalência das prestações.”

“Parágrafo único. Se houver índices legalmente estabelecidos para a correção monetária, o juiz determinará seja ela feita por cálculo do contador.”

Infelizmente, não vingou *in totum* a proposição, afirmando o Relator da Comissão Especial destinada a examinar o Projeto de Lei da Câmara, Senador Josaphat Marinho, ter procedência a idéia de Reale, porém,

“modificada, em parte, [...] sobretudo porque não se deve considerar a “desvalorização da moeda”, para admitir a revisão de valores convenionados. Outros fatores, e imprevisíveis, poderão ocorrer, gerando o desequilíbrio das prestações e justificando o reajustamento delas”⁴¹⁸.

o advérbio “infelizmente” se justifica, em nossa opinião, porque, ao pretender ampliar o âmbito de incidência da regra, de modo a abranger outras situações (“outros fatores”), além da desvalorização da moeda, acabou-se por restringi-lo, ao exigir, no suporte fático, o atributo da *imprevisibilidade*. Em outras palavras, se passou do acolhimento da *Teoria da Base Objetiva do Negócio*, de matriz alemã, a uma variante da *Teoria da Excessiva Onerosidade*, de raiz italiana.⁴¹⁹ Cumpre esclarecer essas doutrinas, com uma breve referência preliminar à história do instituto.

418 MARINHO, Josaphat, Parecer Final nº 749, de 1997. In: *Código Civil – Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 – Redação Final*. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 424, grifamos.

419 Em nosso entendimento, não se trata do acolhimento da Teoria da Imprevisão, pelas razões que adiante explicitaremos.

1. Referências históricas. A cláusula *rebus sic stantibus*

Na mais remota raiz do art. 317 está a filosofia estoíca, tal qual acolhi da em escritos de Cícero e de Sêneca. A primeira elaboração escrita na qual comparece como princípio geral a regra da modificação do pactuado, em presença de uma mudança do estado de fato está no Direito Canônico, no qual acolhida a tese de Tomás de Aquino, derivada, neste particular, dos estudos filosóficos dos estoícos romanos.⁴²⁰

No Direito Canônico a doutrina foi elaborada por Giovanni d'Andréa, sendo desenvolvida por Bártolo e Acursio a cláusula *rebus sic stantibus*: a esta subjaz a concepção segundo a qual o contrato permanece íntegro apenas quando não modificada, em sua fase de execução, a situação de recíproco sacrifício e benefício levada em consideração pelas partes no momento de sua conclusão. Passou-se, pois, a entender que a subsistência de uma relação contratual depende das circunstâncias existentes ao concluir o contrato, que eram devidamente pressupostas e cuja variação não era previsível pelas partes.⁴²¹

Essa idéia, extremamente ampla, suscitou sempre o problema de sua concretização nas situações particulares, daí resultando doutrinas que ora interpretavam restritivamente a vontade contratual (a ser entendida sempre

420 MARTINO, Valeria. La rícoluzione per Excesiva Onerosità. In: CEDON, P. (org.). *I Contratti in Generali*. Turim: UTET, 2000, tomo XIII, pp. 521-522. Também, numa síntese, FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos Contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 98-99 e o meu *A Teoria da Imprevisão e a Incidência dos Planos Econômicos na Relação Contratual*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 670, pp. 43-48, 1991.

421 LARENZ, K. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, tradução espanhola de Carlos Fernández RODRÍGUEZ, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 27.

rebus sic habentibus), ora vinculando a manutenção do sinalagma à Teoria da Causa, ora considerando tão-somente a imprevista mutação no estado de fato, da qual derivasse um agravamento da posição de um dos contraentes.⁴²² Contudo, as dificuldades teóricas em individualizar os exatos confins da *clausula* conduziram numerosos estudiosos, já a partir do fim do séc. XIV, a delimitar o seu campo de aplicação, mediante o recurso a elaborações teóricas presas à distinção entre contratos unilaterais e contratos bilaterais, alcançando-se a separação entre contratos instantâneos (*qui unico momento perficiuntur*) e contratos de trato sucessivo (*qui habent tractum successivum*), para limitar a incidência da cláusula a estes últimos.⁴²³

Ao tempo da Codificação oitocentista, a cláusula, modo geral, não entrou nos Códigos, seja em razão do liberalismo econômico à época vigente, seja porque o séc. XIX foi, na Europa, um período de relativa estabilidade monetária, seja (certamente) pela conjugação das duas causas. O problema da revisão dos contratos voltou a se manifestar apenas no séc. XX, após as Guerras de 1914-18 e 1939-45, refletindo-se nos contratos individuais e nos contratos administrativos em razão, sobretudo, da desvalorização da moeda e das dificuldades em obter provisões e mercadorias, atraiendo, então, a atenção da doutrina e do Judiciário, suscitado a resolver, de modo conforme a um padrão mínimo de justiça comutativa, as situações anormais derivadas dos conflitos bélicos.⁴²⁴ Três variantes então se apresentaram,

422 OSTI, G. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. t. III, pp. 353-360.

423 MARTINO, Valeria. La rizzazione per Eccessiva Onerosità. In: CEDON, P. (org.). *I Contratti in Generali*. Turim: UTET, 2000, tomo XIII, p. 522.

424 OSTI, G. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. t. III, pp. 353-360, p. 358.

recebendo, progressivamente, consagração legislativa. O seu adequado discernimento é relevante na medida em que a jurisprudência brasileira, ainda que fundada na mesma *ratio*, nomeia quase que indistintamente as três variantes que, todavia, exigem pressupostos não-idênticos e cuja eficácia também não é a mesma.

3.1. França: a Teoria da Imprevisão

Afirmamos acima que, no nosso entendimento, o Código Civil não acolhe a Teoria da Imprevisão. É preciso bem situar os seus pressupostos, que foram estabelecidos na célebre decisão do *Conseil d'Etat* francês que em 30 de março de 1916 pioneiramente admitiu, ao apreciar litígio entre a Prefeitura de Bordeaux e a *Compagnie Générale d'Éclairage* daquela cidade, relativamente a contrato de concessão de serviços públicos de energia, que seu conteúdo poderia ser revisto em razão de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, que caracterizassem uma "álea extraordinária" para um dos contratantes.

Embora restrita aos contratos administrativos, e em seguida acolhida legislativamente pela *Loi Faillot*, de 1918, a Teoria da Imprevisão teve o mérito de relativizar a força obrigatória dos contratos, quando se manifestasse a alteração das circunstâncias supervenientemente à conclusão contratual, e fossem essas circunstâncias *extraordinárias e imprevisíveis* ao tempo de formação do contrato. No Brasil, muito embora a oposição inicial, acabou essa Teoria também por se manifestar por força da jurisprudência, primeiramente no âmbito dos contratos administrativos: já em 1963 os tribunais admitiam ser aplicável a teoria da imprevisão em empreitadas de obras públicas para o reajustamento de preços em determinadas circuns-

⁴²⁵ tências. Mais tarde, o princípio é acolhido na legislação dos contratos administrativos. ⁴²⁶ Hoje em dia, a Lei n° 8.666 de 1995 assegura a manutenção do equilíbrio entre as partes, acolhendo a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro do contrato numa formulação que não é a da Teoria da Imprevisão pois — como se vê do art. 65, alínea “d”, da Lei — não exige a extraordinariedade e nem sempre a imprevisibilidade (“atos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”), como se lê na dicção legal.

Antes mesmo da vigência da Lei n° 8.666/95, relativa aos contratos administrativos, a Teoria da Imprevisão passou a ter uma certa aceitação inclusive na seara do Direito Privado, por força de decisões da jurisprudência, muito embora ainda recentemente, alguns julgados ⁴²⁷ a rejeitassem, salvo

425 TJSP, Ap. Civ. n° 123.377, rel. Des. GOES NOBRE, in RDA 82/217 (1965).

426 Para uma síntese, o nosso A Teoria da Imprevisão e a Incidência dos Planos Econômicos na Relação Contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 670, pp. 43-48, 1991.

427 Assim, exemplificativamente: TACSP, Ag. Instr. n° 400.286-00/2, 3ª Câ. 2º TAC, Relator: Milton SANSEVERINO, j. 03-05-94. In: *Revista dos Tribunais*, n° 707, setembro de 1994. “Contrato. Teoria da Imprevisão. Inaplicabilidade. Processo Inflacionário e quadro recessivo na economia nacional. Fatos que não constituem acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Provido por unanimidade”. E ainda: Apelação n° 30.720. 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. “CONTRATO. Teoria da Imprevisão. Inaplicabilidade. Alteração do estado de fato existente durante a celebração do ajuste devida ao fenômeno inflacionário, e, portanto, previsível. Ausência dos ‘essentials’ doutrinariamente exigidos para a aplicação de cláusula ‘*rebus sic stantibus*’”. Negado provimento ao recurso por unanimidade”. Relator: FRANCISCO OLIVEIRA FILHO, J. 24-04-90. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 655, maio de 1990, pp. 151-152. Também na Apelação n° 137.337-2. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. “CONTRATO. Teoria da Imprevisão. Inaplicabilidade. Compromisso de compra e venda. Incorporação imobiliária. Construção por empreitada a preços reajustáveis por índices oficiais. Assunção pelo vendedor dos riscos inerentes à opção. Cálculos de custo projetos por especialistas da área econômica integrantes do quadro de funcionários da incorporadora, presumida, portanto, a inclusão no preço de um “*plus*” a tal título. Impossibilidade de pedir revisão do contrato sob alegação de oneração excessiva de sua prestação contratual derivada de fato inesperado e imprevisível consistente na superveniência de reforma econômica instituída com o chamado “Plano Cruzado”. Culpa por eventual prejuízo decorrente de negligência ou imperícia, não podendo ser carreada à outra parte.

naqueles específicos e residuais casos em que o Código de 1916 a havia timidamente acolhido, como no caso da revisão das pensões alimentícias.

Ora, como acima acentuamos, constituem condições de incidência da Teoria a imprevisibilidade e a extraordinariedade do evento causador do desequilíbrio, bem como a extraordinariedade da álea causada a um dos contratantes. Essas condições de incidência tornam o seu âmbito bastante restrito, pois supõem, sempre, situações contingentes e absolutamente extraordinárias e imprevisíveis em sua contingência.

Como se vê, não é o caso do art. 317, que exige a imprevisibilidade do evento e a “desproporção manifesta”, mas não a excepcionalidade do evento nem a “extraordinariedade” da álea, apenas a “desproporcionalidade” (ainda que “manifesta”) entre as prestações.

3.2. Alemanha: a Teoria da Base Objetiva do Negócio

Bastante diversa da Teoria da Imprevisão (conquanto fundada na mesma base do *jus commune*) é a Teoria da Base Negocial, desenvolvida doutrinariamente na Alemanha dos finais do séc. XIX e até meados do séc. XX, afinal acolhida pela jurisprudência e pela legislação.

Com efeito, a Teoria da Quebra da Base Objetiva, embora tenha raízes, como a Imprevisão, na antiga cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido de “dar sustentação jurídica a postulados fáticos que consistiam na superveniência de fatos adulteradores das circunstâncias iniciais nas

Obra, ademais, já concluída, não promovida resolução do contrato ou a alteração de suas cláusulas, com supressão dos trabalhos, no momento oportuno. Negado o recurso por unanimidade”. Relator: ACIOLY FREIRE, j. em 09.02.89. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 643, maio de 1989, pp. 87-89.

quais se dera a contratação,⁴²⁸ tem a característica de dispensar a previsibilidade como característica fundamental para a licitude da revisão ou da resolução contratual, o que a torna "valiosa e diferente da tese da imprevisão, ao mesmo tempo em que aumenta o seu campo de aplicação em relação àquela".⁴²⁹ Demais disto, é ainda potencialmente aumentado o seu campo de aplicação pela imediata correlação entre a revisão do contrato e o princípio da boa-fé, como relata Hattenhauer,⁴³⁰ ao comentar a pioneira sentença de 28 de novembro de 1923 do Tribunal Supremo alemão.⁴³¹ Igualmente, entre nós, Clóvis do Couto e Silva estabeleceu essa correlação,⁴³² acolhida, por vezes, pela jurisprudência.⁴³³

O que marca a Teoria é entender desaparecida a base do negócio jurídico co quando a relação de equponderância entre prestação e contraprestação resta deteriorada em tão grande medida que não se pode mais, "de modo com-

428 Assim, FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos Contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 142.

429 FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos Contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 142. Veja-se o pioneiro trabalho de COUTO E SILVA, Clóvis. Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 655, 1990.

430 HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 90.

431 RGZ, 107, 78, 87 *et seq.* *Apud* HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 90, por essa decisão precisou-se que não era somente o devedor, mas ambos os partícipes da relação contratual que deveriam suportar, conjuntamente, os prejuízos da inflação, fundando-se o decidido justamente na cláusula geral da boa-fé objetiva inscrita no § 242 do Código Civil. Estabelecido que a adstrição ao pactuado (*pacta sunt servanda*) devia amoldar-se à boa-fé e aos costumes do tráfico jurídico, reformulou-se, no direito alemão, a teoria da base do negócio e o antigo princípio da equivalência, com o que, afirma HATTENHAUER, "a teoria das relações obrigacionais abriu-se para novos caminhos".

432 COUTO E SILVA, Clóvis. Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 655, 1990.

433 Exemplificativamente, Ac. TJRS, Ap. Civ. n.º 588059113, 5.ª C. Civ., Rel. Des. Ruy ROSADO DE AGUIAR Jr., j. em 6.12.88.

preensível", falar de "contraprestação".⁴³⁴ No seu cerne estão, pois, os *topoi* da comutatividade e sinalagmaticidade, conquanto possa ser aplicada a contratos com prestações futuras, como já decidiu a jurisprudência.⁴³⁵

Na Alemanha, onde nasceu, a Teoria da Base apresentou, ao longo de seu desenvolvimento, duas principais variantes. A primeira delas, dita "Base Subjetiva", fundada na Teoria da Pressuposição de Windscheid, foi desenvolvida por Paul Oertmann. A sua fragilidade estava justamente no recurso à representação subjetiva acerca dos motivos da existência ou do surgimento futuro de circunstâncias sobre cuja base se forma a vontade negocial, sendo incompatível com o sistema brasileiro que, em linha de princípio, não leva em conta o erro acerca dos motivos do ato, como apontou Clóvis do Couto e Silva,⁴³⁶ em razão do art. 90 do Código de 1916, agora reproduzido no art. 140 do novo Código.

A segunda variante da Teoria – justamente a da Base Objetiva – se deve a Larenz, que, muito embora considerando a base subjetiva, distingue-a da base objetiva, como segue:

"a Teoria da Base Subjetiva é a representação mental dos contratantes pelo qual ambos se guiam, para fixar o conteúdo do contrato",⁴³⁷

enquanto a Teoria da Base Objetiva constitui

434 Assim, COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 135, aludindo à manifestação de SIEBERT.

435 TJRS, Civ. Ap. Civ. 586053548, Sexta Câm. Civ. rel. Des. Adroaldo Furtado FABRÍCIO, j. em 24.03.1987, in RJTJRS 130/32, cuja ementa foi antes transcrita.

436 COUTO E SILVA, Clóvis. Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 655, 1990.

437 LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: E. Revista de Derecho Privado, 1956, p. 41.

"o conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas cuja a existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado de ambos contratantes, possa subsistir como relação dotada de sentido",⁴³⁸

A Teoria da Base Objetiva tem os seguintes pressupostos:

- a) todo contrato é estipulado levando-se em consideração circunstâncias objetivas de caráter geral, tais como: a ordem econômica do país, o poder aquisitivo da moeda, condições de desenvolvimento do contrato, etc;
- b) por isto mesmo, alteradas estas circunstâncias objetivas, os contratos que se prolongam no tempo podem ser resolvidos se, em virtude de alteração da base objetiva, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer dos contratantes cause prejuízos cujo montante exceda de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração.⁴³⁹

Em síntese, como condições de aplicação da Teoria da Base, estão a) o ônus excessivo para uma das partes causando, em contrapartida, b) van-

438 LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: E. Revista de Derecho Privado, 1956, p. 225.

439 Assim, decisão do TJRS, na Ap. Civ. nº 70001346956, 14ª C. Civ., relator: Des. João Armando BEZERRA CAMPOS, j. em 14.09.2000, assim ementado: "Leasing - Arrendamento Mercantil. Ação revisional de contrato. Antecipação do valor residual garantido. Descaracterização do contrato. A jurisprudência tem entendido, reiteradamente, que a exigência coativa ao caucionamento do crédito relativo ao valor residual antecipado desnatura o leasing, transmutando-o em contrato de compra e venda a prestação. Variação cambial. Alteração do índice de atualização monetária. Alterada a base objetiva do contrato, merece revisão a cláusula que determina o índice de correção monetária, atualizando-se as parcelas devidas pelo IGP-M, não mais pela variação cambial. Invalidez das cláusulas negociais abusivas à luz do Código de Defesa do Consumidor e do princípio da boa-fé objetiva. Reconhecida a abusividade das disposições negociais que estabelecem as parcelas acessórias do débito, em violação ao regime do Código de Defesa do Consumidor e ao princípio da boa-fé objetiva, merecem revisão judicial, preliminar rejeitada. Ap. lo desprovido."

tagem exagerada para outra em virtude de c) fato superveniente não imputável às partes, constituindo a base justamente d) "o conjunto de circunstâncias existentes na formação do contrato e que permite, às partes contratantes, terem presente a sua viabilidade econômica".⁴⁴⁰

Isto significa dizer que, se houver alteração superveniente das condições necessárias à subsistência do contrato não levada em conta pelas partes, não se pode exigir que a parte prejudicada seja obrigada a cumprir rigidamente o que o contrato havia estabelecido. Couto e Silva⁴⁴¹ ressalta dever ser levada em conta a impossibilidade econômica dos contratantes sempre que forem extrapolados os "limites de sacrifício".

O efeito do desaparecimento da base negocial legítima o juiz a revisar o contrato de duas maneiras: restabelecendo o equilíbrio através da remodelagem de algumas das cláusulas, sempre que possível; ou possibilitando o direito formativo de resolução, desde que a impossibilidade for absoluta e assim o requeira o titular do poder formativo extintivo.

Como se percebe, comparada com a Teoria da Imprevisão, a Teoria da Base Objetiva supõe pressupostos mais flexíveis, acolhendo aqueles casos em que o desequilíbrio tem como causa a direta intervenção estatal, mesmo quando imprevisível, como ocorre, v.g. na fixação de preços mínimos para determinados produtos ou de "tetos" para certos serviços. E é justamente nesse sentido que a Teoria da Base Objetiva vem sendo objeto de modelagem jurisprudencial entre nós desde os finais da década de 1980.

440 Assim os fundamentos da decisão do TJRS, Ap. Civ. 193051083, Quarta Câm. Civ., Rel. Des. Márcio de Oliveira PUGGINA, j. em 24.06.1994, ementa transcrita na nota 54.

441 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushasky, 1976, p. 121.

No que diz com a fixação de preços mínimos, por exemplo, diz acórdão do TJRS, “a lei obriga o comprador a cumprir um contrato em condições diversas das que foram convencionadas”, de modo que “a fixação dos preços modifica o conteúdo do contrato em seu ponto mais sensível, na relação de equivalência entre a mercadoria e o preço”, dando ensejo à revisão judicial porque “as normas instituidoras de preços mínimos não se destinam a privilegiar determinado setor da economia, mas a mantê-lo minimamente capitalizado e produtivo no interesse de toda a sociedade.”⁴⁴²

Como assentou também o TJRS em erudito acórdão em que decidiu lide relativa à quebra da base de contrato de financiamento bancário para atividade de produção,

“não se perquire mais, como na Teoria da Imprevisão, sobre a previsibilidade do fato econômico superveniente. E nem se deveria. Com efeito, o fato pode ser até previsível, mas não é esperado, porque se esperado fosse, nem o banco emprestaria o dinheiro e nem o tomador assumiria um compromisso que não pode arcar. Logo, o fato previsível, mas não esperado, situa-se na área de risco inerente a qualquer atividade negocial.”⁴⁴³

o que aí se estampa é a Teoria da Base Objetiva do Negócio que, como antes acentuamos, ingressou em nosso Ordenamento por via de modelo jurídico

442 TJRS, 6ª C. Civ., in RITJRS 130/32, excertos do voto do Des. Rel. Adroaldo Furtado FABRÍCIO.

443 TJRS, Ap. Civ. 193051083, Quarta Câmara, Rel. Des. Márcio de Oliveira PUGGINA, j. em 24.06.1994, confirmando e louvando a decisão de primeiro grau do juiz Eugênio FACCHINI NETO.

jurisprudencial que não deve, agora, ser desprezado, servindo, antes, para iluminar a interpretação do art. 317, muito embora a sua *littera* estampe, mais proximamente, uma versão mitigada da Teoria da Excessiva Onerosidade.

3.3. Itália: a Teoria da Excessiva Onerosidade. Sua importância no novo Código Civil

Uma variante da Teoria da Imprevisão foi acolhida na Itália, primeiramente pela doutrina, após, já no *Código Civile* de 1942, no referente à resolução contratual. A Relação Ministerial ao Código aludiu, no tocante ao art. 1.467, ter sido introduzido, de modo expresse e geral, o princípio da implícita sujeição dos contraentes com prestações corresponsivas à *clausula rebus sic stantibus*, regra formulada sobre as bases do direito comum (*ius commune*) e em atenção a uma tradição nitidamente italiana.⁴⁴⁴ Essa tradição cinge-se à específica hipótese de *resolução* contratual, que é modo de extinção do contrato por causa superveniente à sua conclusão. Portanto, não está incluída, como agora entre nós, no âmbito da *revisão*, que é modo de manutenção do contrato.

Porém, mesmo assim foi essa a Teoria que acabou prevalecendo, como matriz teórica, no novo Código Civil brasileiro, muito embora entre nós não

444 *Relazione al Codice Civile*, 16.3.1942, n° 665, conforme MARTINO, Valeria. La risoluzione per Excessiva Onerosità. In: CEDON, P. (org.). *I Contratti in Generali*. Turim: UTET, 2000, tomo XIII, p. 523.

445 Muito embora os apelos da doutrina para que, por força de uma “interpretação expansiva”, apanhe também a hipótese de revisão (A propósito, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Milão: UTET, 1996, tomo II, p. 686).

se restrinja à resolução (art. 478), apanhando, por igual, os casos de revisão judicial, por força do art. 317. Cabe, pois, o seu exame mais aprofundado, na medida em que os conceitos desenvolvidos pela doutrina italiana ao longo de mais de meio século e as decisões de sua jurisprudência, que vieram, progressivamente, apanhando novas hipóteses e precisando, limitativamente, o significado do termo "imprevisibilidade", poderão ser de auxílio na interpretação do artigo ora comentado.

Preliminarmente, contudo, será necessário compreender a regra em seus fundamentos, como manifestação, no domínio do adimplemento, do que Miguel Reale denomina de uma das "diretrizes fundamentais" do novo Código, qual seja, a diretriz da socialidade.

4. O art. 317 como manifestação da diretriz da socialidade

A diretriz da socialidade constitui um dos "travamentos lógicos e técnicos" que nortearam a obra codificadora, "bem como a base de sua sustentação ética".⁴⁴⁶ Nas palavras de Reale, indica a colocação das regras jurídicas "num plano de vivência social", pela qual o princípio constitucional da função social é transformado "em instrumento de ação no plano da lei civil".⁴⁴⁷

Um destes instrumentos de ação do princípio no campo do adimplemento é, justamente, o instituto da revisão dos contratos, que indica, segundo Stiglitz, uma "concepção solidarista" do fenômeno contratual,⁴⁴⁸ ou, como acentua-



446 REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 3.

447 REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9.

448 STIGLITZ, Rubén. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 38.

mos em outra oportunidade, uma das concreções, no Direito das Obrigações, da diretriz constitucional da solidariedade social.

O liberalismo econômico e jurídico que marcou a fixação do princípio nominalista em tema de pagamento⁴⁴⁹ teve como substrato ideológico a identificação da igualdade formal, ou jurídica, com a igualdade substancial, ou igualdade real de forças dos contratantes, daí derivando que a aplicação estrita do que as partes haviam acordado,

"se não é contemporaneamente revisado, coloca a situação em tal estado de iniquidade para uma delas, que o contrato pode eventualmente ser um instrumento de desordens sociais".⁴⁵⁰

Daí a necessidade de o Estado, por meio do juiz – e fundado em considerações de justiça social – intervir na economia da relação obrigacional, adaptando-a ao contexto econômico-social no qual se desenvolve dinamicamente, a fim de cumprir sua função de produção e intercâmbio de produtos, serviços e direitos.

Acresce a este entendimento a evolução da concepção constitucional de poder, transmutando-se a concepção formal, característica das Constituições liberais, em uma concepção que engloba a idéia de freios e limites não só ao despotismo político, mas, por igual, ao *despotismo econômico* derivado do "poder de fato". A Constituição brasileira segue essa concepção não só ao situar a solidariedade social como "princípio fundamental",⁴⁵¹

449 Vide comentário ao art. 315.

450 STIGLITZ, Rubén. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 39.

451 Constituição Federal, art. 3º, inciso I, *in fine*.

mas, por igual, ao regular a ordem econômica (arts. 170 e segs.), transformando-a numa ordem normativa, axiologicamente orientada. Desta maneira a Constituição se torna, no dizer de Galgano, não apenas a fonte suprema do Direito Público, mas, por igual,

“a lei fundamental do Direito Privado, reguladora das relações entre os privados, ou com normas imediatamente receptoras ou, mais freqüentemente, com normas de direcionamento para a legislação ordinária.”⁴⁵²

Ora, as “normas de direcionamento” têm relevantíssimo peso na hermenêutica da legislação infraconstitucional. É precisamente o que ocorre com a concreção e interpretação do art. 317: no seu momento aplicativo, o intérprete deve levar em conta os princípios que orientam a ordem econômica, traduzidos no solidarismo ou na socialidade antes apontados e que, no campo contratual, encontram maximização, por via da boa-fé, no princípio do equilíbrio contratual, do qual decorre o dever de re-equilibrar o contrato. É justamente esse direcionamento hermenêutico que deve incidir na análise das condições de incidência da regra ora comentada.

5. Condições de incidência

Como condições de incidência do art. 317 estão:

452 GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 10ª ed. Padova: CEDAM, 1999, p. 52.

a) a existência de relação obrigacional, bilateral e comutativa, duradoura, ou de trato sucessivo, ou mesmo instantânea, desde que o adimplemento tenha sido dividido em várias parcelas, a serem pagas ao longo do tempo;

b) na qual uma das prestações venha a sofrer, por fatores supervenientes à conclusão do contrato e, naquele momento imprevisíveis, isto é, não correspondentes às legítimas expectativas das partes, objetivamente consideradas, e,

c) não imputáveis ao lesado;

d) “excessiva onerosidade”, tornando manifestamente desproporcional a relação entre o valor ajustado para a prestação devida e aquele a ser pago no momento do adimplemento (assim leia-se o termo “execução” constante do art. 317).

Cabe examinar, particularmente, as condições ora assinaladas pelas letras b, c, e d.

5.1. A desproporção manifesta, causadora de excessiva onerosidade

No Direito italiano a excessiva onerosidade é aquela que “comporta uma notável alteração da relação originária entre as prestações, determinando uma situação de desequilíbrio dos respectivos valores”.⁴⁵³ A “desproporção manifesta” é referida à prestação considerada objetivamente, e não à situação subjetiva na qual se encontra o devedor. Tanto na Itália quanto

453 MARTINO, Valeria. La risoluzione per Eccessiva Onerosità. In: CEDON, P. (org.). *Contratti in Generali*. Turim: UTET, 2000, tomo XIII, p. 542.

entre nós a letra da lei, aludindo à desproporção manifesta “da prestação”, parece não englobar o “envilecimento” da contraprestação, mas doutrina e jurisprudência italianas – superpondo à noção de “desequilíbrio entre o valor atual e o valor originário da prestação devida” a noção de “desequilíbrio entre a prestação devida e a contraprestação devida” – equiparam à onerosidade superveniente da prestação do devedor o superveniente “envilecimento” (“svilimento”) da contraprestação.⁴⁵⁴

Assim, são abrangidas as duas hipóteses: de um lado, a jurisprudência da *Corte di Cassazione* tem em conta, notadamente, o “sacrifício do qual resta alterada a economia do contrato, o equilíbrio originariamente existente entre as duas prestações”.⁴⁵⁵ 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 deva 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) inicial da prestação a ser executada e o seu valor (ou o seu custo) no momento do adimplemento.⁴⁵⁶ Em outros termos, a excessiva onerosidade é a que produz, ao devedor, um sacrifício que altera a economia do contrato e o equilíbrio originariamente existente.

454 SACCÒ, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Milão: UTET, 1996, tomo II, p. 677.

455 Cass. 20.3.52, n° 739, apud MARTINO, Valeria. La risoluzione per Eccessiva Onerosità.

In: CEDON, P. (org.). *I Contratti in Generali*. Turim: UTET, 2000, tomo XIII, p. 543.

456 Assim, decisão supracitada e a doutrina de GAMBINO, A. Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1960, I, pp. 416-419, apud MARTINO, Valeria. La risoluzione per Eccessiva Onerosità.

In: CEDON, P. (org.). *I Contratti in Generali*. Turim: UTET, 2000, tomo XIII, p. 543.

Mas é equiparado à excessiva onerosidade da prestação o envilecimento (svilimento) da contraprestação, o que decorre da *ratio* do instituto. Essa é justamente a manutenção do ônus econômico assumido com o contrato, nos limites da *sud álea típica*. O ônus é considerado globalmente, não se considerando apenas o peso isolado da prestação assumida.

5.2. A superveniência e a imprevisibilidade do evento causador da desproporção manifesta

Na Itália, a “notável alteração” (*notevole alterazione*) da prestação devida deve decorrer de acontecimentos *extraordinários e imprevisíveis* determinantes de um agravo patrimonial que altere a originária relação de equivalência, incidindo sobre o valor de uma prestação respeitantemente à outra, ou fazendo diminuir ou cessar a utilidade da contraprestação.⁴⁵⁷ Entre nós a “extraordinariedade” foi afastada, exigindo-se tão-só a imprevisibilidade, desde que superveniente, causadora de “manifesta desproporção”. Cabe precisar a abrangência dos termos.

Não há, por lógico raciocínio, “imprevisibilidade antecedente” à conclusão do vínculo. Quando este é formado, os fatores preexistentes são, naturalmente, considerados. Pode haver, é claro, *desproporção entre as prestações* que se manifeste contemporaneamente à conclusão, mas, neste caso, a hipótese é de lesão (art. 157), e a consequência é a *anulabilidade*.⁴⁵⁸

La quebra do paradigma genético

457 MARTINO, Valeria. La risoluzione per Eccessiva Onerosità. In: CEDON, P. (org.). *I Contratti in Generali*. Turim: UTET, 2000, tomo XIII, p. 542.

458 Realizando o adequado disctine entre as espécies, acórdão do TJRS, Ap. Civ. 70003673001, Vigésima C. Civ., Rel. Des. Armínio José de Abreu LIMA DA ROSA, da qual vale desta-

É bem verdade que o art. 157 permite a revisão do pactuado, nos termos de seu § 2º, “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. Trata-se, então, de caso especial de revisão, decorrente do princípio *utile per inutile non vitiatur*. A revisão da prestação lesionária operará, contudo, no âmbito da autonomia privada e não no da intervenção judicial: diante da perspectiva de ver o negócio anulado por ato judicial, a parte a quem beneficia a lesão tem a *alternativa* de “oferecer suplemento suficiente”, ou, a parte lesada, de “concordar com a redução do proveito”, cabendo ao juiz, naturalmente, apreciar a “suficiência”, ou não, do suplemento.

Já a imprevisibilidade, *que é sempre superveniente à conclusão do ajuste*, diz respeito à própria natureza das relações que se estendem no tempo. Entenda-se, porém, concretamente o significado jurídico do termo:

Por projetar os seus efeitos para o futuro, as relações obrigacionais duradouras e as sucessivas comportam, indubitavelmente, certa margem de risco. Esta margem vem recoberta pela expressão “álea normal”, e o “acontecimento previsível” é tido como integrante da álea normal. O problema está em caracterizar o que é previsível ou imprevisível, o que dá lugar a várias questões concernentes ao *grau de previsibilidade exigível* para fazer com que o evento entre nas margens da “álea normal”.

car trechos da ementa como segue: “Ação de Revisão de Contrato de Financiamento, com fundamento na desproporção genética entre as prestações. Boa-Fé Objetiva, possibilidade Jurídica. Ausência de Inépcia da inicial.” Na fundamentação, o Des. Relator opera a necessária distinção entre as hipóteses de desproporção por lesão e em razão da superveniência de circunstâncias, assentando: “O apelo do banco réu cuida apenas da revisão à base da Teoria da Imprevisão que, sabe-se, esta sim trata de advento de circunstâncias posteriores, a desequilibrar o relacionamento entre as partes. Mas não é nela que assenta a demanda.”

Será preciso, antes de mais, detectar: a) o seu grau de abstração ou concretude (vale dizer: a normalidade da álea assim o é *in abstracto* ou concretamente, para aquele determinado contrato, à vista de suas circunstâncias?); b) o patamar de especificidade com o qual o evento é ou não considerado pelo Direito (isto é, o evento é especificamente considerado na álea normal?); e c) assim como o grau de certeza, ou de incerteza, que deve assumir a previsão do acontecimento⁴⁵⁹ (a previsão é uma mera potencialidade ou não?).

Já por aí se vê que a “imprevisibilidade”, normativamente considerada, não tem significado idêntico ao que adquire na linguagem científica, na qual possui caráter absoluto. O que se quer afirmar é que o “imprevisível” é o que não poderia ser *legitimamente esperado* pelos contratantes, de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada, no momento da conclusão do ajuste. Expliquemo-nos:

Não é “imprevisível” (no sentido abstrato e absoluto do termo) que, mormente numa economia como a brasileira, o Governo lance planos econômicos pelos quais venha a ser desvalorizada a moeda, ou estabelecidos preços mínimos para certos setores da atividade produtiva, ou se “congelem” os preços de determinados produtos. Porém, os Governos, nestas ocasiões, lançam mão do elemento “surpresa”: não anunciam quando será o congelamento, ou a desvalorização da moeda, ou em que níveis atuará. Como observa Couto e Silva, o Estado cria “a expectativa de que não haverá o congelamento”, para assim evitar o aumento de preços. É ainda impossível prever “como se comportará o plano”.⁴⁶⁰ Como o Ordenamento jurídico está

459 SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Milão: UTET, 1996, tomo II, p. 674.
460 COUTO E SILVA, Clóvis. A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro, RT 654/11.

assentado na *confiança*, estes casos, diz o mestre gaúcho, “justificam a aplicação da teoria da base objetiva do negócio jurídico para restabelecer o equilíbrio das prestações em face de um eventual rompimento”.⁴⁶¹

Os casos mais corriqueiros de “manifesta desproporção” decorrem da desvalorização monetária, e esta era a hipótese originalmente aventada pelos elaboradores do Anteprojeto. Ora, os planos econômicos governamentais costumam trabalhar com o elemento “surpresa”, não sendo anunciados de antemão, como ocorreu entre nós com os chamados planos “Cruzado” e “Collor” nos anos 80 e 90 e a “maxidesvalorização” de janeiro de 1999. Assim, se é certo que o contratante tem o ônus jurídico de prever, razoavelmente, o futuro, à vista das circunstâncias normalmente havidas em sua ambiência econômico-social,⁴⁶² também é certo que a previsibilidade exige sempre um *juízo de fato*.⁴⁶³

Portanto, para a sua caracterização, devem ser tomadas em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, a capacidade de previsão de uma “pessoa razoável”, e as características do ramo de atividade no qual a prestação devida está inserida. Exponencial também será o princípio da boa-fé, do qual decorre, para além do dever de reequilíbrio contratual, o dever de consideração aos legítimos interesses da contraparte. Todos esses elementos devem, pois, ser considerados, pois o grau de certeza e especificidade da previsão – por se tratar de um juízo de fato – não se presta a uma definição *a priori*.

461 COUTO E SILVA, Clóvis. A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro, RT 654/11.

462 A previsão feita por um empresário brasileiro, diante da corriqueira instabilidade econômica e política do nosso país, certamente é diversa daquela a ser feita por um seu colega suíço!

463 SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Milão: UTET, 1996, tomo II, p. 675.

5.3. Não-imputabilidade do evento ao lesado

É ainda condição de incidência que a causa da excessiva onerosidade não seja imputável ao comportamento culpável da parte que o invoca; é necessário, pois, que a causa do evento seja *esranha* à conduta daquele que o invoca. Observa-se, na Itália, que, com o correr do tempo, a jurisprudência vem esmaecendo o requisito da “imprevisibilidade” do fenômeno causador do desequilíbrio no requisito da sua “estranheidade” às partes.

6. Demais elementos a serem considerados

Como se percebe, o núcleo duro da revisibilidade das prestações está na relação entre dois conceitos antagonicamente gemelares, o *equilíbrio*, de um lado, e a *desproporção manifesta*, de outro, causador de uma *excessiva onerosidade* para um dos contraentes, causada por um fator externo, ou não-imputável às partes. Esta excessiva onerosidade não é aferível em abstrato, devendo ser “filtrada do relacionamento concreto”,⁴⁶⁴ avaliando-se a conduta das partes e o conteúdo do contrato, pois não é possível “revisar contratos cujo conteúdo é ignorado, sendo incompatível com a jurisdição pronunciar decisões abstratas”.⁴⁶⁵

464 TJRS, Ap. Civ. 70003896628, Vigésima Câmara. Civ., Rel. Des. Armínio Abreu LIMA DA ROSA, j. em 27.02.2002, verbis: “Ação de Revisão de Contratos de Abertura de Crédito e outros. Análise do caso concreto e abusividade. A iniquidade remuneratória, genética ao negócio jurídico, pode e deve ser filtrada do relacionamento concreto. (...)”

465 TJRS, Ap. Civ. 70003608171, Vigésima Câmara. Civ., Rel. Des. Armínio Abreu LIMA DA ROSA, j. em 20.02.2002, como segue: “Ação de Revisão Contratual. Alegação de Nulidade por Desvio de Finalidade. Intolerável que aquele que se beneficiou de negócios jurídicos venha, posteriormente, falar em desvio de finalidade. Alcance quanto a contratos de conteúdo desconhecido. Não é possível revisar contratos cujo conteúdo é ignorado, sendo incompatível com a jurisdição pronunciar decisões abstratas. (...)”

Creio ser esta a interpretação que deverá prevalecer do art. 317, tendo em conta a história de sua tramitação legislativa, o exposto intuito do legislador em ampliar os casos de sua incidência para além da hipótese da desvalorização da moeda (como se vê da justificativa do Senador Josaphat Marinho, antes transcrita), a preexistência de um modelo jurídico jurisprudencial que acolhera a Teoria da Base Objetiva do Negócio,⁴⁶⁶ a incidência dos princípios e diretrizes constitucionais atinentes à ordem econômica, a eficácia projetada pela boa-fé objetiva e o próprio estado atual da ciência jurídica. Não devemos esquecer que a positividade das normas jurídicas se faz como um processo, tendo caráter prospectivo: ao momento estático da posição do texto, pelo legislador, agrega-se o momento dinâmico, atinente ao modo como o "programa da norma"⁴⁶⁷ é recebido e desenvolvido pelos seus destinatários. Não seria crível, portanto, diante das características do próprio fenômeno da positividade e consequente natureza expansiva e prospectiva da normatividade, que as conquistas doutrinárias e jurisprudenciais do último século fossem esquecidas em nome de um apego literal ao texto.

Fora de dúvida que, nas relações de consumo, prevalece a Teoria da Base Objetiva, acolhida no CDC, mas mesmo nas relações de direito privado comum a exigência da imprevisibilidade deverá, a meu juízo, ser relativizada, para considerar-se a expressão em seu significado normativo, de correspondência à legítima expectativa das partes no momento da con-

466 Além das decisões transcritas no decorrer destes comentários, ainda, exemplificativamente, TJRS, Ap. Civ. 588059113, Quinta C. Civ., Rel. Des. Ruy ROSADO DE AGUIAR JR., j. em 6.12.1988.

467 A expressão é de MUELLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução francesa de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996, pp. 186-207.

clusão do ajuste, tendo-se em conta, como fato primordial, o objetivo de desequilíbrio não-imputável à parte prejudicada.

7. Ação cabível

A ação a ser intentada é de revisão da prestação; muito embora a aparente faculdade conferida ao juiz, na letra do art. 317, cremos se tratar de um poder-dever, pois o juiz também tem que levar em conta o princípio da boa-fé, na sua feição de reequilíbrio da relação obrigacional e os princípios e diretrizes constitucionais da ordem econômica. Se se tratar de contrato, cabe ainda a ação de resolução, na forma do art. 478, podendo esta ser evitada, se o réu se oferecer a modificar, equitativamente, as condições do contrato (art. 479). Se se tratar de contrato em que as obrigações couberem a apenas uma das partes, esta poderá pleitear, ainda, a redução da prestação, ou a alteração do modo de sua execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva (art. 480).

Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

Direito anterior – No Código de 1916, alguma correspondência nos parágrafos do art. 947, revogados pela Medida Provisória nº 1.488-17, de 31.10.96. As regras de competência para a emissão da moeda estão na Constituição Federal, art. 21, incisos VII e VIII; art. 22, incisos VI e VII e art. 48, inciso XIII.

Direito comparado – Código Civil argentino, art. 619; BGB, §§ 244 e 255; Código Civil italiano, arts. 1.278 e 1.279 (permitindo a convenção); Cód-