

Teresa Ancona Lopez  
Patrícia Faga Iglecias Lemos  
Otavio Luiz Rodrigues Junior  
Coordenadores



# SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PRIVADO

Desafios normativos, consumeristas e ambientais

- Alex Trevisan Braz • Alexandre Fragoso Machado • Bruno Camilloto Arantes • Carla Amado Gomes
- Cristiano de Sousa Zanetti • Daniel Amaral Carnaúba • Daniel de Andrade Levy • Dário Moura Vicente
- Diogo Naves Mendonça • Edson Alvisi Neves • Fábio Jun Capucho • Fernando Campos Scaff
- Fernando Henrique de Oliveira Biolcati • Flávio da Costa Higa • Gilberto Bergstein • Heleno Taveira Torres
- José Cristóbal Aguirre Lobato • José de Oliveira Ascensão • José Rubens Morato Leite • Juliana Sípoli Col
- Keyla Pacheco Ferreira • Laura de Toledo Ponzoni Marcondes • Leonardo Estevam de Assis Zanini • Luciano Gonçalves Paes Leme
- Luiz Edson Fachin • Marcio Alves Sanjar • Marco Fábio Morsello • Marcos Rogério de Sousa • Maria Elisa Cesar Novais
- Matheus Almeida Caetano • Otavio Luiz Rodrigues Junior • Patrícia Faga Iglecias Lemos • Patryck de Araújo Ayala
- Paula Vaz Freire • Paulo Felipe Carneiro de Freitas • Teresa Ancona Lopez • Wanderley Fernandes • Wilson Ricardo Ligiera

atlas

# O Risco Contratual

Cristiano de Sousa Zanetti<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O princípio. 3. A regra. 4. Critérios. 4.1. Natureza do contrato. 4.2. Conjuntura de mercado. 4.3. Qualificação das partes. 4.4. Extensão temporal. 4.5. Especificidade dos fatos supervenientes. 5. Conclusão. Referências.

*“Perché tutto sta dove e come si tagliano i fatti.”*

(Pirandello, Luigi. Risposta, in Simona Costa (cur.). **Il meglio dei racconti di Luigi Pirandello**. Milano: Mondadori, 1993, p. 58)

## 1 Introdução

O reconhecimento de que cada cidadão pode disciplinar os próprios interesses caracteriza a sociedade de direito privado. No direito brasileiro, a livre iniciativa é tida em alta conta, a ponto de seu valor social figurar como um dos fundamentos da República, conforme preceitua o art. 1º, inc. IV, da Constituição. A liberdade, todavia, reclama contrapartida. Trata-se da responsabilidade. Observados certos pressupostos, as declarações de vontade vinculam, a ponto da inobservância do prometido desencadear a reação do ordenamento jurídico. O agente plenamente capaz é livre para contrair liames jurídicos. Deve, porém, ater-se ao prometido.<sup>2</sup>

O contrato é um instrumento privilegiado da autonomia privada. Trata-se provavelmente da mais importante espécie de negócio jurídico. Por seu intermédio, as partes

<sup>1</sup> Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Contratos: actualidade e evolução**. Porto: Universidade Católica, 1997. p. 51.

podem criar, modificar e extinguir relações jurídicas obrigacionais. A delimitação do conteúdo do negócio fica essencialmente a cargo dos contratantes. Para o direito privado, todos são livres para assumir os riscos julgados apropriados. Não podem depois, todavia, recusar as consequências de sua materialização. Liberdade e responsabilidade são faces de uma mesma moeda. Sem isso não há sociedade de direito privado. Sem isso, não há cidadãos.

Os problemas decorrentes da materialização dos riscos supervenientes à celebração dos contratos são velhos conhecidos dos cultores do direito privado. O direito romano, por exemplo, já se ocupava do assunto ao disciplinar a compra e venda. De maneira característica, aliás, as fontes romanas empregam a palavra *periculum*, para definir quem arcará com os prejuízos decorrentes da perda da coisa.<sup>3</sup> No Código Civil, o tema é tratado tanto na parte geral das obrigações, como no contrato de compra e venda, conforme dispõem, respectivamente, seus arts. 234, 238 e 492.

Não há dúvida, entretanto, que o risco contratual assume particular relevância nos contratos de execução diferida, continuada ou periódica. São os contratos que se protraem no tempo. Na esteira da doutrina europeia, os contratos de execução continuada e os de execução periódica podem ser agrupados como contratos de duração, dado o papel essencial que neles desempenha o elemento temporal.<sup>4</sup> A longevidade da relação jurídica incrementa os riscos e reclama atenta consideração das consequências provenientes da alteração das circunstâncias negociais. Afinal de contas, por definição, o futuro jamais é igual ao presente, razão pela qual tais contratos necessariamente serão cumpridos em um ambiente diverso daquele em que foram pactuados.<sup>5</sup>

São muitos os séculos que separam os dias de hoje das primeiras construções teóricas que procuraram disciplinar de maneira adequada a materialização superveniente do risco. Não obstante, o Código Civil de 1916 foi omisso a propósito, razão pela qual, durante sua vigência, coube à doutrina oferecer soluções compatíveis com os princípios subjacentes ao ordenamento jurídico. O Código Civil de 2002, por sua vez, é expresso a respeito e poupa seus intérpretes de enfrentar algumas dificuldades outrora presentes.

De acordo com o regramento em vigor, a alteração das circunstâncias pode conduzir à revisão ou resolução da relação jurídica contratual. Nem toda alteração, todavia, será relevante para o direito. Para separar o joio do trigo, convém ter desde logo presente a ideia que anima o direito contratual. Trata-se do princípio da força obrigatória do pactuado, ou, segundo a tradicional máxima latina, *pacta sunt servanda*. Diversamente do que talvez se possa supor, as diversas modificações promovidas no Código Civil não tiveram por obje-

<sup>3</sup> Cf. I. 3,23,3; BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. 3. ed. [reimp. da ed. de 1975]. Torino: UTET, 1985. p. 461-462.

<sup>4</sup> Cf., a propósito da categoria, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 292-293; MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, A. J.; JABUR, G. Haddad (Coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 31-33.

<sup>5</sup> Cf. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 1015.

tivo recusar seu caráter fulcral.<sup>6</sup> Desse modo, convém recordar sua importância e sentido, sem o que não se pode bem compreender a disciplina jurídica do risco contratual.

## 2 O princípio

Os contratos nascem para ser cumpridos, exatamente conforme o convencionado. Não pode haver liberdade sem responsabilidade. Não há espaço para examinar cada vez e sempre o porquê de dado contrato ter sido celebrado. Para o direito privado, a declaração socialmente vinculante produz os efeitos pretendidos pelas partes, salvo se alguma norma cogente for violada.<sup>7</sup> O equilíbrio do negócio é o definido pelas partes.<sup>8</sup> O juízo a respeito de sua conveniência responde a critérios contingentes. No futuro, a decisão da parte pode se revelar mais ou menos adequada. Nada disso, todavia, importa à definição da disciplina da relação jurídica. Ninguém pode retroceder de um contrato simplesmente porque o resultado não lhe foi favorável. Raciocinar de maneira diversa priva de força vinculante os negócios jurídicos, o que não pode ser sustentado com seriedade.

O princípio, portanto, é bastante simples: *pacta sunt servanda*. Os pactos devem ser cumpridos. A evolução dos fatos pode não corresponder às expectativas das partes, sem que isso autorize o Poder Judiciário a intervir no domínio do pactuado. Nenhuma pessoa familiarizada com a economia de mercado desconhece que as vantagens perseguidas com o contrato podem ser auferidas no todo ou apenas em parte. A compra de um imóvel a prestações, por exemplo, pode se revelar mais ou menos lucrativa, conforme seja ou não construída certa rodovia nas redondezas. Analogamente, a contratação de um conhecido músico para um espetáculo planejado a céu aberto pode ser mais ou menos bem-sucedida se, como esperado, a noite for estrelada ou se, ao contrário do previsto, chover.

No limite, as projeções que justificaram a decisão de contratar podem se mostrar falhas, a ponto de o ganho pretendido se transformar em prejuízo. Seria o caso de uma empreitada pactuada para construir determinado centro comercial que, malgrado os esforços de ambas as partes, não atrai o público esperado. De um lado, a empreiteira perde por nada ter a receber com a cláusula que atrelou parte dos pagamentos à superação de certa receita pelo centro comercial. De outro, o dono da obra perde por ter que pagar pela construção, sem que, entretanto, tenha auferido os lucros que projetara. Semelhante situação, contudo, não é o bastante para eximir as partes de suas responsabilidades. O empreiteiro não pode deixar de construir, nem o dono da obra de efetuar o pagamento correspondente.

Para empregar uma imagem cara aos juristas, pode-se afirmar que a verificação dos riscos é conforme a fisiologia do contrato. Não dá margem, portanto, à intervenção do Poder Judiciário no domínio do pactuado. Contratos que se protraem no tempo envolvem maiores riscos. Cabe a quem pretende celebrar tais negócios sopesá-los. A experiên-

<sup>6</sup> Cf. REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

<sup>7</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese. São Paulo, USP, 1986, p. 25-27.

<sup>8</sup> Cf. VILLELA, João Baptista. *Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. RT 900:97.

cia não dá notícia da existência de litígio instaurado para dividir os proveitos decorrentes da verificação do risco contratualmente previsto. Não é difícil supor o motivo. O contratante reputa legítimo o seu ganho, tendo em vista o risco assumido. A coerência exige que não lhe seja facultado proceder diversamente, caso o resultado não seja o esperado. Não é conforme ao direito tratar situações idênticas de maneira diferenciada.

O mais recente projeto europeu de unificação do direito dos contratos, intitulado *Draft Common Frame of Reference*, é bastante claro a respeito, ao dispor que, como regra, a materialização dos riscos não dá margem à intervenção do Poder Judiciário no domínio do pactuado. Por sua clareza, aproveita transcrever a primeira parte do texto do dispositivo legal proposto:

“III. – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances

(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.”

Não deve causar surpresa, portanto, o fato de importantes ordenamentos jurídicos, frequentemente adotados entre nós como parâmetro comparativo, não admitirem que a alteração das circunstâncias possa pôr em discussão o avençado entre as partes. O exemplo mais candente é o do direito francês, secundado, no particular, pela Bélgica e por Luxemburgo. O direito inglês também é bastante refratário a conferir relevância aos fatos supervenientes que não tornem impossível a prestação, embora a leitura de certos julgados revele existir alguma margem para mitigar o rigor com que é historicamente aplicado o princípio da intangibilidade do vínculo contratual.<sup>9</sup>

A autonomia privada, base do direito contratual, é secundada pela legislação brasileira. Não se chega, entretanto, ao extremo do direito francês. De acordo com o regramento pátrio, admite-se a intervenção no domínio do pactuado em casos excepcionais. Segundo os arts. 317 e 478 do Código Civil, o teor dos contratos de execução diferida ou de duração somente pode ser legalmente discutido se à sua celebração sobrevierem acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que ponham em xeque o equilíbrio contratual, a ponto de tornar excessivamente onerosa a execução da prestação a cargo de uma das partes.

Não é essa a ocasião para rememorar o regramento básico da alteração das circunstâncias, tema próprio às obras de cunho didático.<sup>10</sup> O ponto, agora, é outro. Recordada a importância do *pacta sunt servanda* e evidenciado o caráter excepcional da intervenção no domínio contratual, cumpre examinar mais de perto quais fatos podem desencadear a reação do ordenamento jurídico contra o avençado.

A solução, segundo se sustenta, reside em conferir maior importância à definição dos riscos próprios ao contrato celebrado. A sua devida consideração minora as difi-

<sup>9</sup> Cf. BAR, Christian von; CLIVE, Eric. *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full edition. Munich: Sellier, 2009. v. I, p. 718.

<sup>10</sup> Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. Resolução e revisão por onerosidade excessiva. In: MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas de Abreu (Coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 217-227, com indicação de bibliografia a propósito.

culdades às quais o intérprete se encontra submetido, toda vez em que se depara com litígio instaurado para discutir a relevância dos impactos causados pelos fatos supervenientes à conclusão do negócio.

### 3 A regra

Preocupada em conferir a devida interpretação aos dispositivos do Código Civil, a doutrina tem se esforçado para definir quais são os fatos que justificam a revisão ou resolução da relação jurídica contratual por força da onerosidade excessiva. São diversas as tentativas de formular exemplos que, sem causar surpresa, ecoam as tradicionais hipóteses de caso fortuito ou força maior, como os raios e terremotos.

Não se pode objetar contra tal esforço. Afinal, não foi por acaso que os juristas romanos criaram a exclusão da responsabilidade diante do que chamavam de *casus* ou *vis maior*.<sup>11</sup> Acredita-se, porém, ser possível agregar precisão aos estudos, mediante a devida consideração do risco contratual. De maneira bastante simples, pode-se afirmar que a materialização dos riscos contratuais não dá margem para que o Poder Judiciário intervenha naquilo que foi convencionalmente definido pelas partes.

Seguramente teria andado melhor o legislador brasileiro se tivesse incorporado a segunda parte do art. 1.467 do Código Civil italiano, cujo texto é bastante claro ao excluir a possibilidade de intervenção no domínio contratual, se os fatos supervenientes forem abrangidos pelo risco próprio ao negócio. Por sua importância, convém transcrever o texto legal:

“Art. 1.467. [...]. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto.”

A remissão ao direito italiano não é fortuita. A simples leitura do regramento peninsular é o suficiente para se perceber que seus termos foram a fonte de inspiração mais próxima do legislador brasileiro. Naturalmente, o intérprete é tentado a concluir que a exclusão de parte do regramento adotado como modelo deve ser compreendida como recusa à apropriação da regra. Trata-se, todavia, de raciocínio apressado. A doutrina italiana não hesita em reconhecer que a devida consideração dos riscos pactuados é essencial para definir quais fatos efetivamente podem ser considerados como extraordinários e imprevisíveis e, portanto, passíveis de romper o equilíbrio pactuado entre as partes.<sup>12</sup>

A disciplina prevista no *Draft Common Frame of Reference* deve ser interpretada no mesmo sentido, conforme evidencia a transcrição da parte final do dispositivo que disciplina a alteração das circunstâncias superveniente à conclusão do contrato:

<sup>11</sup> Cf. BURDESE, Alberto. *Manuale...*, op. cit., p. 602-603.

<sup>12</sup> Cf. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1994. v. V, p. 396; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, op. cit., p. 1026; SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3. ed. Milano: UTET, 2004, t. II, p. 710. O texto tomado em consideração é da autoria do primeiro autor, conforme evidencia a divisão dos trabalhos que figura no início da obra.

“III. – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances [...]

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.”

Corretamente, portanto, os estudiosos presentes à IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários, do Conselho da Justiça Federal, em 2006, aprovaram enunciado destinado a evidenciar que a materialização dos riscos próprios ao contrato não pode dar margem à intervenção judicial.<sup>13</sup> Sua verificação, portanto, é reputada conforme o espírito do contrato e não permite que a parte ponha em discussão os termos pactuados, conforme, inclusive, reconhece a recente doutrina.<sup>14</sup>

No ambiente concorrencial, os preços tendem a variar proporcionalmente à extensão do risco assumido. Maior o risco, maior o proveito. Curiosamente, no entanto, os tribunais costumam adotar esse raciocínio apenas para conferir caráter objetivo à res-

<sup>13</sup> Trata-se do Enunciado 366, cujo teor é o seguinte: “Art. 478. O fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.”

<sup>14</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. In: **Do direito das obrigações**. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro, Forense, 2006. v. V, p. 306-310; ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Comentários ao Código Civil brasileiro. In: **Do direito das obrigações**. Rio de Janeiro, Forense, 2007, v. 5, p. 722-723. O texto tomado em consideração é da autoria do primeiro autor, conforme evidencia a divisão dos trabalhos que figura no início da obra; LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro, ambas in FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32-37 e 363-364, respectivamente; VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade, in **RT** 900:108/109.

ponsabilidade por dano causado no exercício de certa atividade lucrativa.<sup>15</sup> Não o empregam com a mesma frequência, todavia, para esclarecer que os prejuízos contratuais também podem ser simples decorrência do cumprimento do pactuado. A legalidade do negócio não está condicionada à geração de vantagens para todas as partes. A materialização dos riscos pode se revelar benéfica para ambas, para apenas uma e, excepcionalmente, para nenhuma delas.

Por mais cautelosas e bem assessoradas que sejam as partes, podem, todavia, sobrevir fatos absolutamente estranhos aos riscos contratados. Tais acontecimentos podem ser relevantes, a ponto de porem em perigo o equilíbrio inicialmente pactuado pelas partes. Somente aqueles que extrapolam o risco pactuado dão margem à intervenção judicial no domínio do pactuado. Precisamente por isso, a legislação brasileira a condiciona à ocorrência de fatos que qualifica como extraordinários e imprevisíveis. Sua definição depende, pois, do exame do contrato concretamente celebrado. Afinal de contas, o negócio jurídico nunca existe em abstrato, como esclarecido pela doutrina.<sup>16</sup>

Tal afirmação deve ser bem entendida. A atenta consideração ao risco, necessária à definição dos fatos extraordinários e imprevisíveis, não limita a análise ao mero casuísmo. Não é próprio de um estudo doutrinário asseverar que tudo depende do caso concreto. Para tanto, bastaria consultar o observador atento que se prestasse a acompanhar uma sessão de julgamento junto a uma de nossas Cortes: não lhe seria difícil perceber que a aplicação do direito sempre recai sobre os fatos. Sem descurar das peculiaridades que possam se fazer presentes, convém ir mais adiante. Em particular, aproveita à devida percepção do problema oferecer critérios interpretativos, destinados a precisar a extensão do risco.

## 4 Critérios

### 4.1 Natureza do contrato

No curso dos séculos, não foram poucas as operações econômicas que ganharam estabilidade por atender a anseios recorrentes da sociedade. Diversos contratos praticados até hoje datam do direito romano. Tanto os contratos reais, como os consensuais, já existiam em Roma. Naquele tempo, os cidadãos celebravam mútuos, depósitos, comodatos, compras e vendas, locações, mandatos e constituíam sociedades para atingir objetivos que ainda hoje continuam a ser perseguidos.

Os tipos contratuais, como são qualificados pela doutrina, se prestam a oferecer um modelo jurídico para disciplinar dada operação econômica. Sua natureza é bem conhecida e é definida pelo que a doutrina costuma qualificar como “elementos categoriais

<sup>15</sup> Cf., a título ilustrativo, REsp 1.093.617-PE, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.3.2009; REsp 896.568-CE, 4ª Turma, Rel. p/acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.5.2009, ambos colhidos no sítio <www.stj.jus.br> em 29.4.2011.

<sup>16</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

inderrogáveis do negócio”.<sup>17</sup> Embora essa pretensão nem sempre seja atingida, cada tipo serve, em princípio, para disciplinar uma operação econômica precisa. A diversidade da operação tende a determinar, pois, o tipo contratual a ser empregado.

O mandato, por exemplo, é um contrato que não expõe as partes a um risco especialmente elevado. Do ponto de vista do mandatário, a execução da representação é o bastante para lhe conferir o direito de ser reembolsado pelas despesas incorridas e, se houver cláusula nesse sentido, receber certa remuneração. Diversamente, a empreitada a preço fixo submete o empreiteiro a risco considerável, pois o lucro almejado dependerá diretamente da precisão dos seus cálculos quanto aos custos necessários à confecção da obra. O risco pode ser ainda maior se a opção for a de construir para depois comercializar.<sup>18</sup>

De maneira coerente, os lucros almejados são diversos. Certamente a empreitada pode proporcionar ganhos muito mais significativos que o mandato. Não por acaso, todo cidadão informado sabe de cor o nome das principais empreiteiras que atuam no Brasil. Ninguém, entretanto, chega às páginas dos jornais que se dedicam à economia simplesmente por figurar como mandatário. Razões análogas evidenciam por que os imóveis comprados na planta custam menos do que aqueles que já se encontram prontos. Em todos esses casos, a diferença de proveitos almejados varia proporcionalmente ao risco assumido.

Os exemplos podem se multiplicar. A distribuição, por reclamar a aquisição da mercadoria para posterior revenda, é mais arriscada que a representação comercial e, por isso, confere lucros mais vantajosos. Como ensina a doutrina, pode haver discrepância de risco inclusive no interior de um mesmo tipo contratual. A empreitada simples é por definição menos arriscada do que a mista, por meio da qual o empreiteiro se obriga a prestar serviços e fornecer os materiais necessários à consecução da obra.<sup>19</sup> Do mesmo modo, comprar uma safra que ainda não existe é muito mais arriscado do que adquirir grãos que já se encontram em certo armazém geral.

A mera enunciação de alguns casos evidencia a importância de que se reveste a consideração do tipo contratual para precisar os riscos envolvidos. De maneira bastante direta, talvez óbvia, pode-se concluir que quanto maior for o risco próprio ao tipo contratual, menor será a chance de se pôr em discussão os termos do pactuado por conta de eventos alegadamente extraordinários e imprevisíveis. Trata-se de uma regra interpretativa, cuja consideração aproveita grandemente ao exame dos casos concretos, sem prejuízo, naturalmente, da atenta consideração de suas respectivas particularidades.

## 4.2 Conjuntura de mercado

Todo contrato é celebrado em dado contexto. Não é prudente ignorá-lo, sobretudo quando o que se tem em vista é extremar os riscos próprios ao pactuado daqueles que

<sup>17</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 35-36.

<sup>18</sup> Cf. SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, cit., p. 715.

<sup>19</sup> Cf. ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários*, cit., p. 722-723.

inderrogáveis do negócio”.<sup>17</sup> Embora essa pretensão nem sempre seja atingida, cada tipo serve, em princípio, para disciplinar uma operação econômica precisa. A diversidade da operação tende a determinar, pois, o tipo contratual a ser empregado.

O mandato, por exemplo, é um contrato que não expõe as partes a um risco especialmente elevado. Do ponto de vista do mandatário, a execução da representação é o bastante para lhe conferir o direito de ser reembolsado pelas despesas incorridas e, se houver cláusula nesse sentido, receber certa remuneração. Diversamente, a empreitada a preço fixo submete o empreiteiro a risco considerável, pois o lucro almejado dependerá diretamente da precisão dos seus cálculos quanto aos custos necessários à confecção da obra. O risco pode ser ainda maior se a opção for a de construir para depois comercializar.<sup>18</sup>

De maneira coerente, os lucros almejados são diversos. Certamente a empreitada pode proporcionar ganhos muito mais significativos que o mandato. Não por acaso, todo cidadão informado sabe de cor o nome das principais empreiteiras que atuam no Brasil. Ninguém, entretanto, chega às páginas dos jornais que se dedicam à economia simplesmente por figurar como mandatário. Razões análogas evidenciam por que os imóveis comprados na planta custam menos do que aqueles que já se encontram prontos. Em todos esses casos, a diferença de proveitos almejados varia proporcionalmente ao risco assumido.

Os exemplos podem se multiplicar. A distribuição, por reclamar a aquisição da mercadoria para posterior revenda, é mais arriscada que a representação comercial e, por isso, confere lucros mais vantajosos. Como ensina a doutrina, pode haver discrepância de risco inclusive no interior de um mesmo tipo contratual. A empreitada simples é por definição menos arriscada do que a mista, por meio da qual o empreiteiro se obriga a prestar serviços e fornecer os materiais necessários à consecução da obra.<sup>19</sup> Do mesmo modo, comprar uma safra que ainda não existe é muito mais arriscado do que adquirir grãos que já se encontram em certo armazém geral.

A mera enunciação de alguns casos evidencia a importância de que se reveste a consideração do tipo contratual para precisar os riscos envolvidos. De maneira bastante direta, talvez óbvia, pode-se concluir que quanto maior for o risco próprio ao tipo contratual, menor será a chance de se pôr em discussão os termos do pactuado por conta de eventos alegadamente extraordinários e imprevisíveis. Trata-se de uma regra interpretativa, cuja consideração aproveita grandemente ao exame dos casos concretos, sem prejuízo, naturalmente, da atenta consideração de suas respectivas particularidades.

## 4.2 *Conjuntura de mercado*

Todo contrato é celebrado em dado contexto. Não é prudente ignorá-lo, sobretudo quando o que se tem em vista é extremar os riscos próprios ao pactuado daqueles que

<sup>17</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 35-36.

<sup>18</sup> Cf. SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, cit., p. 715.

<sup>19</sup> Cf. ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários*, cit., p. 722-723.

lhes são estranhos. Seu emprego como critério interpretativo é defendido tanto pela doutrina italiana,<sup>20</sup> quanto pela brasileira.<sup>21</sup>

A regra, bastante simples, é de que há menor margem para verificação de fatos extraordinários e imprevisíveis se o contrato for celebrado em um mercado habituado a oscilações frequentes. Por óbvio, os contratos de compra e venda a prazo são diversos, conforme sejam celebrados entre vizinhos ou na bolsa de valores. Pela mesma razão, os contratos celebrados durante período de estabilidade econômica não se confundem com aqueles concluídos em momento de crise.

Não são raras, aliás, as ocasiões em que os negócios celebrados na bolsa têm como justificativa precisamente a oscilação de valores em certo período. O contrato de *swap* é um bom exemplo, por consistir em negócio essencialmente destinado a conferir vantagens à parte que tiver previsto corretamente a variação cambial em determinado período. As opções de compra e venda de ações seguem lógica semelhante. A vantagem decorrente da operação dependerá sobremaneira da evolução do preço do valor mobiliário no período contratado.

Os contratos celebrados em ambientes caracterizados pelo risco muito dificilmente poderão ser discutidos judicialmente por conta de excessiva onerosidade superveniente. Nessa hipótese, não é fácil caracterizar a alteração das circunstâncias como extraordinária e imprevisível, dada a extensão do risco assumido, conforme, inclusive, já foi decidido pela jurisprudência brasileira.<sup>22</sup> Diversamente, os contratos pactuados em ambientes econômicos marcados pela estabilidade estão mais sujeitos à ruptura do equilíbrio inicialmente acordado por conta de fatos supervenientes.

### 4.3 Qualificação das partes

O direito brasileiro trata de maneira bastante diversa os contratos, segundo o negócio seja concluído em caráter profissional ou episódico. Nas relações em que há, de um lado, um profissional e, de outro, um destinatário final de produtos ou serviços, incide o Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, por vezes, estende sua aplicação a relações profissionais pautadas por forte disparidade de forças. Sem razão, entretanto. No direito brasileiro, há regra específica para os chamados contratos civis por adesão, cuja devida observância permite julgar os casos de acordo com critério mais adequado e conforme à finalidade da legislação. O dispositivo que vem sendo negligenciado pela jurisprudência é o art. 424 do Código Civil. Sua consideração em muito aproveitaria

<sup>20</sup> Cf. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 1024.

<sup>21</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários*, cit., p. 308; ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários*, cit., p. 723.

<sup>22</sup> Cf. REsp 849.228-GO, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 3.8.2010; REsp 858.785-GO, 3ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 8.6.2010; Resp 977.007-GO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2009, todos colhidos no sítio <www.stj.jus.br> em 6.5.2011.

ao aprimoramento dos julgamentos, pois carece de fundamento tratar profissionais como se fossem meros consumidores.

O sentido e os limites da intervenção nos contratos civis por adesão foi explorado em obra monográfica.<sup>23</sup> Sua menção nesse espaço somente tem lugar para esclarecer que a qualidade das partes importa grandemente para o direito brasileiro. Quem contrata em caráter profissional tem tratamento legal diverso de quem o faz apenas para suprir suas principais necessidades.

Nos contratos celebrados entre profissionais e destinatários finais de produtos ou serviços, são nulas todas as cláusulas pactuadas em violação ao previsto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. Nos contratos civis, se houver efetiva disparidade de poder contratual, a ponto de o negócio ser concluído por adesão, são nulas todas as cláusulas que impliquem renúncia antecipada a direito do aderente, segundo preceitua o art. 424 do Código Civil. A possibilidade de declarar nulas dadas cláusulas, seja por se tratar de contrato de consumo, seja por se tratar de contrato civil por adesão, não é, entretanto, a única consequência que pode ser extraída da peculiar situação da parte.

Em acréscimo, sua devida qualificação também importa para definir a extensão dos riscos assumidos, sempre que o contrato não seja claro a propósito, conforme defendido pela recente doutrina italiana<sup>24</sup> e pelos estudiosos que redigiram o *Draft Common Frame of Reference*.<sup>25</sup> Os riscos que podem ser legitimamente previstos por dois vizinhos que contratam uma locação são diversos daqueles que podem ser percebidos pelas partes engajadas nesse mesmo tipo contratual, se o respectivo propósito for o de ceder certo espaço para a instalação de uma importante fábrica, contra o pagamento de dada remuneração.

A diversa qualificação pode ainda ser decisiva para precisar os riscos próprios a dado negócio celebrado entre profissionais de diversas áreas. O empreiteiro experiente tende a assumir a maior parte dos riscos relativos à execução de certa obra contratada por uma pequena empresa. A partição dos riscos pode ser bastante diversa, contudo, se o dono da obra for uma grande empresa e contar com o que se chama na prática de engenharia do proprietário, ou, para recuperar a expressão de matriz saxônica, *owner's engineering*. A presença de especialistas em ambos os lados permite, inclusive, internalizar riscos mais expressivos e, como consequência, diminuir a margem para a ocorrência de fatos que possam ser qualificados como extraordinários e imprevisíveis.

Nada disso permite perder de vista o princípio. Não há espaço para intervir no pactuado, se restarem materializados os riscos contratualmente assumidos. O que se está a afirmar, apenas, é a possibilidade de considerar a qualificação das partes para definir o risco próprio ao negócio, conforme, inclusive, já foi reconhecido pela doutrina brasileira.<sup>26</sup> Trata-se de aspecto que pode assumir relevância decisiva. Como mostra a experiên-

<sup>23</sup> Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008. p. 206-220 e 227-266.

<sup>24</sup> Cf. MACARIO, Francesco. *Le sopravvenienze*. In: ROPPO, V. (Cur.). *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v. V, p. 644.

<sup>25</sup> Cf. BAR, Christian von; CLIVE, Eric. *Principles*, cit., p. 715.

<sup>26</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários*, cit., p. 308.

cia, o pactuado nem sempre tem em conta todos os fatos supervenientes e, por conseguinte, nada dispõe sobre acontecimentos passíveis de minar o critério fundamental de distribuição das vantagens inicialmente esperadas com a celebração do contrato.

#### 4.4 *Extensão temporal*

A característica dos contratos de execução diferida e de duração é seu prolongamento no curso do tempo. Do ponto de vista classificatório, não é especialmente relevante saber se tais contratos se prolongam por maior ou menor período. Para as partes engajadas no negócio, todavia, faz toda a diferença definir se a relação contratual será observada por um, cinco ou dez anos.

No mercado brasileiro, são diversos e importantes os contratos longevos. Nas obras de maior porte, são frequentes as empreitadas pactuadas por período superior a cinco anos. O cumprimento de um compromisso de compra e venda, por sua vez, não raro se estende por mais de uma década. Contratos de distribuição e de franquia bem sucedidos chegam a viger por décadas.

Quanto maior a duração do negócio, maior será o risco de sobrevirem fatos passíveis de causar impacto na sua economia. Consequentemente, a latitude de modificações circunstanciais compreendidas no risco assumido com a respectiva celebração passa a ser mais extensa, do que naturalmente decorre a maior dificuldade em caracterizá-las como extraordinárias e imprevisíveis. Tanto isso é verdade que o desequilíbrio econômico proporcionado por certo fato pode ser compensado no curso do contrato, por conta de ulterior modificação das circunstâncias, sem que, consequentemente, haja espaço para intervenção do Poder Judiciário no domínio do pactuado.<sup>27</sup>

Pelo contrário, os contratos de curta duração são mais vulneráveis à alteração das circunstâncias. Não há dúvida que certo mercado sofrerá importantes oscilações ao longo de uma década. Não se pode dizer o mesmo, contudo, se o contrato for projetado para viger por apenas alguns meses. Na primeira hipótese, o impacto pode ser perfeitamente absorvido, sem que reste rompido o equilíbrio inicialmente pactuado entre as partes. Dificilmente isso ocorrerá, entretanto, no segundo caso. A repentina e intensa variação da inflação, por exemplo, pode ser mais ou menos importante, conforme o contrato esteja destinado a viger por poucas semanas ou por vários anos.

Salta aos olhos, assim, que a extensão temporal do contrato interessa grandemente à definição dos respectivos riscos. Maior a duração, maior o risco e menor a chance de que os fatos supervenientes possam ser qualificados como extraordinários e imprevisíveis. Os contratos destinados a viger por menor extensão temporal, por sua vez, encerram risco mais reduzido e, por conseguinte, são mais sensíveis à alteração das circunstâncias.

<sup>27</sup> Cf. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 1025.

#### 4.5 *Especificidade dos fatos supervenientes*

Quanto maior a especificidade do fato superveniente, menor a chance de enquadrá-lo no risco pactuado.<sup>28</sup> Todos sabem que haverá guerras. Ninguém podia prever, entretanto, a extensão das recentes revoltas nos países árabes, como já se esclareceu em contexto semelhante.<sup>29</sup> Trata-se de um evento singular e que, por isso mesmo, foi noticiado com tanta intensidade pela imprensa. Com toda probabilidade, não foram poucos os contratos que sofreram as consequências da enérgica tomada de posição verificada no norte da África e no Oriente Médio.

Examinado o argumento por outro ângulo, pode-se afirmar que quanto mais frequentes forem os fatos, menor será a chance de serem caracterizados como extraordinários e imprevisíveis. Os acontecimentos rotineiros estão compreendidos no risco contratual e não permitem que o pactuado seja posto em discussão. Não há espaço, por exemplo, para que a parte se negue a cumprir um compromisso de compra e venda celebrado pelo prazo de 20 anos simplesmente porque passou a ser vantajoso adquirir outro apartamento no mesmo edifício. As flutuações do mercado imobiliário são corriqueiras e não bastam a questionar o avençado.

Por outro lado, ninguém duvida que a erupção do vulcão situado na geleira Eyjafjallajokull, na Islândia, tenha sido um fato extraordinário e imprevisível. Suas cinzas criaram fundado embaraço ao tráfego aéreo na Europa nos meses de abril e maio de 2010. Não é difícil supor que semelhante acontecimento tenha criado problemas a expressivo número de contratos. Segundo a *International Air Transport Association*, os prejuízos somaram aproximadamente US\$ 200 milhões por dia de interrupção do tráfego aéreo.<sup>30</sup> Maior a especificidade, maior a chance de se tratar de um evento extraordinário e imprevisível, a ponto de permitir a intervenção judicial no domínio do pactuado.

### 5 Conclusão

O domínio dos contratos é marcado pelo risco. Trata-se de uma consequência do reconhecimento da autonomia privada. A afirmação se mostra especialmente apropriada para os negócios concluídos em um ambiente concorrencial. Mesmo a simples aquisição de um refrigerante encerra algum risco. Afinal de contas, nada garante ao adquirente que não seja possível encontrar produto idêntico a um preço mais baixo na próxima esquina.

A materialização dos riscos, contudo, ganha efetiva importância quando se têm presentes os contratos de execução diferida e de duração. Seu prolongamento no tempo submete o pactuado a diversos fatos que podem incrementar ou diminuir os ganhos projetados com a celebração do negócio. O equilíbrio do negócio é ditado pelo interesse das partes. Da mesma forma que o contratante não é obrigado a partilhar as vantagens que obtém, se a materialização do risco o favoreceu, não pode pleitear a alteração do pactuado, simplesmente porque, ao contrário, foi o outro que dela se beneficiou.

<sup>28</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários*, cit., p. 308.

<sup>29</sup> Cf. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 1025-1026.

<sup>30</sup> Cf. <<http://en.wikipedia.org>>, ricamente documentado com matérias jornalísticas de diversas partes do mundo. O sítio foi consultado em 3 maio 2011.

*Pacta sunt servanda* é o princípio fulcral do direito dos contratos. A simples verificação do risco contratual não dá margem à intervenção no pactuado. O raciocínio diverso não resiste a um escrutínio mais profundo, pois não é possível reconhecer a liberdade de escolha, característica do direito contratual, e, ao mesmo tempo, negar seu caráter vinculante. Liberdade e responsabilidade são faces de uma mesma moeda na sociedade de direito privado.

Excepcionalmente, contudo, sobrevêm fatos absolutamente estranhos à álea contratada. Nessas hipóteses, a reação do ordenamento jurídico é de rigor, para que seja preservado o equilíbrio inicialmente acordado ou, alternativamente, posto fim à relação jurídica contratual. O Código Civil é criterioso a propósito, pois somente permite que o pactuado seja posto em discussão se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, graças a fatos extraordinários e imprevisíveis.

Tendo em vista que a legislação não oferece indicações para precisar quais são os fatos que merecem essa qualificação, cumpre à doutrina indicar alguns critérios que permitam identificá-los. Para tanto, aproveita considerar a extensão do risco efetivamente assumido pelas partes. No mais das vezes, a simples leitura das estipulações contratuais é suficiente para tanto. No silêncio do contrato, ao menos cinco fatores podem ser considerados, a saber: a natureza do negócio; a conjuntura de mercado; a qualificação das partes; a extensão temporal do contrato e a especificidade do fato superveniente.

Os dados que podem ser extraídos a partir desses elementos não são negligenciáveis. O contrato de compra e venda de coisa futura é mais arriscado do que o de coisa presente e, como consequência, confere menos margem para a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis. A oscilação cambial, pressuposto do *swap*, pode pôr fim ao equilíbrio da compra e venda a prestações de certo bem. O contrato de locação concluído entre dois vizinhos está seguramente mais sujeito a circunstâncias imponderáveis do que uma empreitada pactuada entre uma grande empreiteira e uma importante empresa que, inclusive, é assessorada no acompanhamento da obra por engenheiros altamente preparados. A alteração das circunstâncias pode ser conforme ao risco de um contrato de distribuição com vigência decenal. Os mesmos fatos, porém, podem pôr em risco a relação entre as prestações de outro contrato de distribuição, celebrado por apenas um ano. A ocorrência de uma breve paralisação pode ser considerada rotineira. Não se deve confundi-la, porém, com uma greve geral, de prolongada duração. Caso o contrato seja claro, os critérios interpretativos serão de pouca relevância. Sua consideração, contudo, pode ser decisiva para estremar o justo pleito de adequação ou extinção da relação jurídica de um mero comportamento oportunista.

Não há contrato sem liberdade. Não há liberdade sem responsabilidade. Para bem apreciar os litígios contratuais, é imprescindível estremar os riscos que são conformes à fisiologia do negócio daqueles efetivamente patológicos. O remédio somente deve ser ministrado em caso de doença.<sup>31</sup> Quem age de maneira responsável e coerente não pode ser punido pelo direito. A intervenção judicial legitimada pelos arts. 317 e 478 do Código Civil corrige ou suprime o desequilíbrio gerado por fatos estranhos ao risco contratual. Não serve, entretanto, para que se contrate no lugar das partes, a fim de partilhar, posteriormente, as consequências da verificação do risco do negócio.

<sup>31</sup> Cf. VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: RT 900:105.

## Referências

- ASSIS, Araken de; Andrade, Ronaldo Alves de; Alves, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações**, Rio de Janeiro, Forense, 2007. v. 5.
- BAR, Christian von; Clive, Eric. **Principles, definitions and model rules of European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition**. Munich: Sellier, 2009. v. 1.
- BIANCA, C. Massimo, **Diritto civile**. Milano, Giuffrè, 1994. v. 5.
- BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto privato romano**. 3. ed. [reimp. da ed. de 1975]. Torino, UTET, 1985.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”. PINTO MONTEIRO, António (Coord.). **Contratos: actualidade e evolução**. Porto: Universidade Católica, 1997.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e conseqüente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese, São Paulo: USP, 1986.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MACARIO, Francesco. Le sopravvenienze. In: V. ROPPO (Cur.). **Trattato del contratto**. Milano: Giuffrè, 2006. v. 5.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, A. J.; JABUR, G. Haddad (Coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. In: **Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.
- REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.
- SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il contratto**. 3. ed. Torino: UTET, 2004. t. 1.
- VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. **Revista dos Tribunais**, 900:85/122.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2008.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. Resolução e revisão por onerosidade excessiva. In: MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu Barroso (Coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.