

20. (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato

CONSULTA

1. A Petróleo Brasileiro S.A., Petrobrás, por intermédio do escritório de advocacia **Mendes Advogados Associados**, nos dá a honra de formular consulta acerca de contratos celebrados com El Paso, Enron e MPX, tendo por objeto financiamento, construção e operação das usinas termoeletricas Macaé Merchant, Eletrobolt e TermoCeará. A questão central da consulta gira em torno da validade e eficácia de cláusula contratual do que as partes denominaram “*contribuição de contingência*”, isto é, verbas que, se as receitas não as cobrissem, a Petrobrás deveria pagar às suas parceiras: basicamente, tributos, custos variáveis de operação e manutenção e “alocação de capacidade” (= amortização dos custos dos investimentos e remuneração do capital). Os fatos são historicamente os seguintes.

2. Por volta da metade dos anos noventa, a Petrobrás passou a realizar estudos sobre a possibilidade de investir em energia térmica, tendo por objetivo, inicialmente, a redução do custo de aquisição de energia para uso próprio. Outros fatores de estímulo para o investimento no setor foram: “(a) a perspectiva de criação do Produtor Independente de Energia (PIE), que se revelava como efetiva oportunidade de negócios; (b) a perspectiva de significativo aumento das tarifas de energia elétrica, objetivando garantir o ingresso de recursos externos para o financiamento da expansão da oferta de energia elétrica; (c) a possibilidade de expansão da oferta de energia elétrica no país, que, segundo um certo consenso do setor elétrico, ocorreria mediante a geração termelétrica, revelando uma tendência de transformação gradual das ‘companhias de eletricidade em energéticas’”. (“*Due diligence e opinio juris*” de Mendes Advogados Associados).

3. Os planos da Petrobrás ganharam novo impulso a partir de 1999, quando a crise no setor elétrico tornou-se iminente. De acordo com o parecer técnico-econômico elaborado pelos economistas Luciano Galvão Coutinho, Luiz

Gonzaga de Mello Belluzzo, Fernando José de Camargo e Eduardo Tonooka, o mercado de energia elétrica, vigente à época da assinatura dos contratos com El Paso, Enron e MPX, era "favorável a projetos de expansão da produção de energia", porque "os investimentos em geração e transmissão havia anos (desde meados dos anos oitenta e continuamente após a reforma do setor, em meados dos anos noventa) encontravam-se em níveis muito deprimidos" e "a demanda crescia a taxas elevadas, mesmo em anos de baixo crescimento da economia".

4. Por outro lado, devido à alta demanda e à carência de novos investimentos, o sistema elétrico vinha apresentando "sucessivos sinais de esgotamento" desde o final dos anos noventa. Os níveis de água dos reservatórios foram diminuindo progressiva e continuamente, o que aumentou a probabilidade de falta de energia. Nesse sentido, o relatório do ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico) em 2000 apontava para alta probabilidade de "déficits nos subsistemas Sul, Sudeste/Centro-Oeste e Nordeste", no período de cinco anos que se sucederia. No ambiente descrito, as simulações de preço futuro da energia elétrica apontavam para preços elevados, que tendiam a crescer à medida em que os níveis dos reservatórios fossem sendo reduzidos. Em 2001, como é sabido, o racionamento de energia tornou-se inevitável.

5. A consulente sintetizou o contexto da época afirmando que a participação da Petrobrás nos projetos em questão (termoelétricas Macaé Merchant, Eletrobrás e TermoCeará) "era informada, de um lado, (1) pela perspectiva econômica de (1.i) num primeiro momento, aumentar sua eficiência mediante o custo evitado ocasionado pela aquisição de energia, para consumo próprio, de usina coligada ao seu grupo econômico; e (1.ii) também, entrar num novo mercado, o de energia, que, segundo as previsões de seus departamentos, revelava-se altamente atrativo. De outro lado, (2) sob a perspectiva política, a Petrobrás colaborava com objetivos do governo de evitar uma crise de abastecimento de energia, desde que nos limites constitucionais de sua atuação." ("Due diligence e opinião jurídica" de Mendes Advogados Associados).

6. A estrutura contratual dos negócios em tela foi bastante semelhante. Consistiu, basicamente, na **celebração de contratos de consórcio e de acordos regulando as relações entre as consorciadas**. Assim, Petrobrás e El Paso celebraram contrato de consórcio e *participation agreement* em 20 de abril de 2000, tendo por objeto o financiamento, a construção e posterior manutenção em funcionamento da termoelétrica Macaé Merchant. Petrobrás e Enron celebraram contrato de consórcio em 13 de agosto de 2001 e acordo denominado *consortium internal directives* em 17 de setembro de 2001, a respeito da termoelétrica Eletrobrás. Por fim, Petrobrás e MPX celebraram contrato de consórcio e *participation agreement* em 18 de março de 2002, sobre a termoelétrica TermoCeará.

7. Por força destes contratos, El Paso, Enron e MPX obrigaram-se, pois, a financiar, construir, operar e manter as citadas usinas; obrigaram-se ainda a comercializar a energia por elas produzida, controlar os recebimentos e distribuir os resultados entre as consorciadas. Por seu turno, a Petrobrás obrigou-se a garantir o fornecimento de gás para a operação das usinas e, paralelamente, a realizar a chamada *contribuição de contingência*. Esta contribuição, questão central da consulta, consistia no seguinte: se a receita mensal auferida pelo consórcio com a venda da energia produzida pelas usinas não fosse suficiente para cobrir determinados custos, a Petrobrás efetuaria o pagamento do valor necessário para compensar esses custos (cf. cláusula 5.04 do *participation agreement* celebrado entre Petrobrás e El Paso; cláusula 3.02 do *consortium internal directives* celebrado entre Petrobrás e Enron; e cláusula 5.03 do *participation agreement* celebrado entre Petrobrás e MPX). Esses custos eram tributos e outras obrigações perante o Governo; custos variáveis de operação e manutenção; e "alocação de capacidade", ou seja, amortização dos custos incorridos pela parceira com a construção, operação, manutenção e administração das usinas, bem como remuneração do capital investido, à taxa de 12% ao ano.

8. Ocorre que, depois da conclusão do contrato, houve verdadeira **transformação estrutural do setor elétrico brasileiro**. A partir de 2001, com a instalação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, esta passou a **intervir** diretamente em todas as questões relevantes do setor, tanto no que diz respeito à oferta e à demanda de energia elétrica quanto no tocante à gestão de contratos e ao processo de formação de preços; editaram-se medidas provisórias, decretos e resoluções. Como consequência direta dessa alteração de circunstâncias, a Petrobrás passou a arcar sistematicamente com a "contribuição de contingência", que passou a ser permanente. Os prejuízos da Petrobrás se tornaram enormes. "Os prejuízos acumulados pela Petrobrás com a execução dos contratos ora examinados totalizaram, até junho de 2003, R\$ 1.379.000.000,00 (um bilhão, trezentos e setenta e nove milhões de reais), sendo que, desse valor, R\$ 1.313.000.000,00 (um bilhão, trezentos e treze milhões de reais) destinaram-se, exclusivamente, ao pagamento da alocação de capacidade, isto é, à amortização total do investimento realizado pelas parceiras da Petrobrás e uma remuneração do capital, à taxa de 12% ao ano. A LCA estima que, caso as obrigações contratuais permaneçam até o final do período de vigência dos contratos, esse prejuízo poderá alcançar R\$ 4.305.000.000,00 (quatro bilhões e trezentos e cinco milhões de reais), sendo que desse valor R\$ 4.160.000.000,00 (quatro bilhões e cento e sessenta milhões de reais) destinaram-se, exclusivamente, ao pagamento da alocação de capacidade das usinas. A LCA destacou, em sua conclusão, que a quantia que será desembolsada pela Petrobrás, como pagamento da alocação de capacidade das usinas, deverá superar o valor total

do investimento realizado por suas parceiras nas mencionadas usinas, o que equivale dizer que a Petrobrás terá, durante os prazos contratuais, pago pelos ativos de propriedade das suas parceiras, sem que tenha qualquer contraprestação no final dos contratos.” (“Due diligence e opinião juris” de Mendes Advogados Associados, pg. 42).

9. Em virtude do exposto, formulou a consultante os seguintes quesitos:

1º) “Os contratos firmados pela Petrobrás com as ‘merchant’ Macaé (El Paso), Eletrobrás (Enron) e TermoCeará (MPX) podem ser qualificados ‘contratos relacionais’ com as conseqüências jurídicas decorrentes dessa espécie contratual e, conforme o exposto, inclusive em relação à respectiva execução dos aludidos contratos?”; **2º)** “O objeto dos aludidos contratos consiste na parceria ou consórcio para a construção, implantação e exploração de termelétricas. [...] A Contribuição de Contingência, obrigação eventual, tornou-se habitual e constante, servindo, inclusive, para remunerar o capital das parceiras. Pergunta: essas cláusulas e condições, desde a formação dos aludidos contratos, são leoninas ou, em face das alterações de mercado, especialmente, em relação aos efeitos do racionamento, tornaram-nas leoninas, impondo à Petrobrás onerando-a excessivamente, a ponto de suportar prejuízo, já realizado e estimado, superior a R\$6 bilhões e 35 milhões, durante o prazo contratualmente previsto (sessenta e sessenta e cinco meses)?”; **3º)** “O parecer técnico elaborado pela LCA Consultores aponta as seguintes inadequações oriundas dos sobreditos contratos: o pagamento pela Petrobrás às parceiras de ‘alocação de capacidade’, isto é, remuneração de investimentos e do capital, na quantia de R\$1 bilhão 310 milhões, estimando-se que essa verba remuneratória alcance no período contratual a importância de R\$ 4 bilhões e 510 milhões (págs. 39/40). Pergunta: esse fato não é suficiente para caracterizar a natureza leonina dos contratos e a excessiva onerosidade impondo a anulação ou revisão das aludidas cláusulas e condições?”; **4º)** “[...] O desembolso total destinado à alocação de capacidade corresponde, aproximadamente, ao valor total do investimento das três usinas, ou seja, em cinco anos a Petrobrás pagará aos PIEs mais que o valor das usinas e não será dona de nenhuma delas (págs. 39 e 40). Pergunta: tal fato caracteriza a natureza leonina das cláusulas contratuais, implicando a violação do princípio da boa-fé objetiva e o enriquecimento ilícito ou sem causa das parceiras em prejuízo da Petrobrás?”; **5º)** “O parecer técnico elaborado pela LCA Consultores, as estimativas e registros contábeis da Petrobrás demonstram que os sobreditos contratos implicam prejuízos de R\$6 bilhões e 350 milhões, segundo as estimativas contábeis. Dessa forma, é possível suscitar o fenômeno do desequilíbrio econômico-financeiro dos mencionados contratos, promovendo-se a respectiva revisão contratual e distribuindo-se equitativamente os aludidos encargos entre as partes, a fim de evitar que a Petrobrás continue

a suportar unilateralmente vultosos prejuízos?”; **6º)** “A execução da cláusula prevendo a Contribuição de Contingência, tornou esse encargo habitual e constante. As ‘merchants’ passaram a exigir mensalmente essa contribuição, incluindo-se no ‘quantum debeat’ todas as despesas, custos de investimento e remuneração de capital (alocação de capacidade). Indaga-se: [...] é possível qualificar essa cláusula como leonina e contrária ao princípio da boa-fé objetiva, com as conseqüências jurídicas inerentes a esse instituto?”; **7º)** “A cláusula prevendo a Contribuição de Contingência, transformada de ‘eventual’ em constante e habitual, pode ser qualificada de abusiva ou a sua execução pode ser considerada abuso de direito?”; **8º)** “Em face dos instrumentos contratuais e da documentação apresentada, à vista dos princípios da teoria neoclássica dos contratos e daqueles atinentes à teoria dos contratos relacionais, é possível afirmar que a Petrobrás não assumiu a obrigação de remunerar o capital de suas parceiras, mas estas é quem assumiram essa obrigação contratual. Todavia, na execução dos contratos é a Petrobrás quem está suportando essa verba. Logo, é possível afirmar que: (1) essas verbas estão sendo pagas indevidamente pela Petrobrás e, assim, é possível repetir? Além disso, (2) é possível afirmar que as parceiras da Petrobrás não estão, nesta matéria (suportar o risco de capital), cumprindo suas obrigações contratuais? Por isso, é possível à Petrobrás opor a exceção de contrato não cumprido, a fim de suspender os pagamentos relativos à Contribuição de Contingência?”; **9º)** “A execução imprópria das cláusulas contratuais, implicando o desembolso excessivo da Contribuição de Contingência, pode não significar ‘execução dolosa’, porém ‘execução culposa’. Verificando-se essa inobservância onerosa à Petrobrás, desequilibrando-se as obrigações contratuais, em razão do princípio da boa-fé objetiva, a Petrobrás tem a obrigação de comunicar essa situação imprópria à suas parceiras, a fim de promover o reequilíbrio dos aludidos contratos? Na omissão, resistência ou resposta negativa das parceiras, caracterizar-se-á o respectivo inadimplemento e a Petrobrás estará legitimada a promover a responsabilização das parceiras, inclusive para reequilibrar os aludidos contratos, pleitear a respectiva reparação e determinar a suspensão dos pagamentos das Contribuições de Contingência?”; **10º)** “A execução dos aludidos contratos, nas bases e condições apontadas, pode caracterizar ato de liberalidade?”; **11º)** “Em conseqüência da resposta ao quesito anterior, é possível desabonar ou censurar, jurídica e eticamente, imputando à Petrobrás desrespeito aos contratos, por esta adotar medidas negociais, arbitrais e judiciais para corrigir e conter os prejuízos consumados e aqueles estimados, invocando-se o vestuoso princípio ‘pacta sunt servanda’?”; **12º)** “Em suma, as características contratuais apontadas e respectivas cláusulas, podem ser qualificadas ‘leoninas’ por ofender o princípio da boa-fé objetiva, impondo ônus excessivo à Petrobrás e, por isso, propiciando o locupletamento ilícito ou sem causa de suas parceiras?”; **13º)** “É o contrato

de consórcio um negócio jurídico plurilateral? Existe, neste tipo de contrato, prestação e contraprestação? Se positiva a primeira indagação, são, ainda assim, aplicáveis os princípios e regras que normalmente ensejariam a revisão dos contratos bilaterais e sinalmáticos, tais como o desequilíbrio econômico e financeiro, a onerosidade excessiva, a teoria da imprevisão e a teoria da lesão contratual?"; **14º**) "Os Tribunais brasileiros vêm decidindo em prol da intenção das partes em detrimento da vontade declarada de forma escrita? Se positivo, que elementos de prova podem ser considerados para fins de se alcançar essa intenção?"; **15º**) "É razoável admitir que existem limites implícitos aos riscos assumidos pelas Partes, no sentido de haver uma limitação da aplicação da cláusula (interpretação restritiva) que impõe o pagamento da Contribuição de Contingência? Em outras palavras, a despeito dos termos da disposição contratual sobre o assunto, é correto admitir que dita obrigação não seja exigível em situação fática que supere o risco razoavelmente previsto, levando em consideração os aspectos técnicos, econômicos, comerciais, de mercado e negociais existentes à época da negociação e celebração dos contratos?"; **16º**) "Tendo em vista que o negócio jurídico entabulado entre as partes envolve assunção de riscos, e possui um elemento de álea, quais seriam os meios jurídicos para se pleitear a revisão do Contrato? Neste caso, são aplicáveis os princípios e regras que possibilitem a revisão dos contratos?"

Passamos a responder.

PARECER

I. Natureza jurídica do contrato de consórcio

10. A habitual tensão da atividade jurídica, oscilando entre os fatos concretos da vida e as normas abstratas do ordenamento, exige sempre uma série de **precisões prévias** relativas aos conceitos a utilizar. A isso responde mais ou menos adequadamente a chamada "*natureza jurídica*" do instituto. No caso, estamos diante do contrato de consórcio que, no direito brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países (por exemplo, na França, *Le contrat de consortium*, H. Chermet, L.G.D.J., Paris, 2003, pg. 18), é **contrato nominado**. Lê-se no art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas: "*As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados*

e pagos na forma prevista no **contrato de consórcio**" (negritos nossos). Qual é a natureza jurídica desse contrato?

a) o contrato de consórcio no quadro geral dos atos jurídicos.

11. A natureza jurídica de um instituto ou figura jurídica consiste (i) na determinação de seu lugar no esquema global de ordenamento bem como (ii) na sua comparação com outros institutos ou figuras jurídicas, procurando revelar aquilo que os aproxima ou afasta.

12. Ora, conforme o número de partes, são três os tipos de atos: **unilaterais**, consistentes em manifestação de vontade de uma só parte; **bilaterais/plurilaterais**, em que há duas manifestações de vontade ou, eventualmente, mais de duas; e **atos coletivos**, decisões colegiadas ("*Beschluss*"), em que as manifestações de vontade, independentemente do número, formam um conjunto, em resolução única, que obriga a todos.

13. São unilaterais, por exemplo, o testamento, a promessa de recom-pensa, a oferta de contrato. "Parte" pode incluir mais de uma pessoa, assim, se marido e mulher resolvem instituir uma única fundação; o ato fundacional continua unilateral. O consórcio, como os contratos em geral, se inclui entre os bilaterais/plurilaterais. Os últimos, os atos coletivos ou decisões colegiadas (por exemplo, as decisões de assembléia de condomínio, *idem* de associação, *idem* de sociedade anônima), tendo em vista a situação prévia de comunhão existente entre os agentes, obrigam também a minoria – o que não acontece com os contratos.

14. Há, todavia, quem distinga os negócios jurídicos bilaterais dos plurilaterais. De fato, o Código Civil italiano traz alguns dispositivos (arts. 1.420, 1.446, 1.459 e 1.466) que estabelecem que a nulidade, a anulabilidade, a resolução por inadimplemento e a impossibilidade de prestação, se relacionadas somente a uma das partes do contrato plurilateral, não produzirão efeitos em relação ao contrato como um todo, a menos que a participação do contratante em questão deva ser considerada essencial, à luz das circunstâncias concretas. Na verdade, porém, essas regras são meras confirmações do princípio geral de que o útil não é "contaminado" pelo inútil, "*utile par inutile non vitatur*", aplicado aqui aos casos específicos de nulidade parcial subjetiva (art. 1.420), anulabilidade parcial subjetiva (art. 1.446), resolução parcial subjetiva (art. 1.459) e impossibilidade parcial subjetiva (art. 1.466). Não são, pois, nada que possa pôr os contratos plurilaterais em uma classe diversa da dos bilaterais. Daí que, segundo Santoro-Passarelli, "*não há dúvida que aos contratos plurilaterais se aplica, quanto ao resto, a disciplina geral dos contratos*" (*Dottrine generali del diritto civile*, 9ª edição, reimpressão, Jovene, Nápoles, 1997, p. 215).

15. Às vezes, a insistência em separar os atos plurilaterais dos bilaterais resulta de uma certa confusão com os atos coletivos ou decisões colegiadas,

já referidos, ou, então, conforme logo veremos, com atos de constituição de sociedade, que resultam da classificação dos atos por outro critério, o critério de seus efeitos. Repetindo, pelo número de partes, atos bilaterais e plurilaterais não constituem classes distintas. São, por exemplo, plurilaterais, o seguro em grupo feito por uma empresa para seus funcionários (há: a seguradora, a empresa e o grupo de empregados segurados – três partes); ou a assunção de dívida, conforme o art. 299 do Código Civil de 2002, (há: o terceiro que assume a dívida, o devedor e o credor que concorda com a transferência). As diferenças são muito pequenas em relação a atos semelhantes, bilaterais. Sob o critério que estamos tendo em vista, o contrato de consórcio, portanto, pode ser bilateral ou plurilateral sem que a classificação mude as regras a utilizar.

16. Quanto aos efeitos, os atos podem ser: a) **atos obrigacionais**, que criam, modificam ou extinguem obrigações, dos quais os contratos constituem o exemplo mais comum (mas atos unilaterais também podem ser obrigacionais, como a promessa de recompensa). Esses atos, em geral, **aumentam o passivo do devedor**; b) **atos de disposição**, pelos quais os agentes **diminuem o seu ativo**; por exemplo, entre nós, a tradição de bens móveis. Os atos de disposição são, em geral, de direito das coisas, mas podem também ser de direito das obrigações (por exemplo, a cessão de crédito); c) as **autorizações**, que dão a alguém a faculdade de agir na esfera jurídica alheia (por exemplo, procurações, permissões, consentimentos); d) os **“atos estatutários”** (“*Statusgeschäfte*”), que criam, modificam ou suprimem uma relação comunitária durável, na definição de Gauch, Schlupe e Tercier. Estão na classe dos atos estatutários a constituição de sociedade, como pessoa jurídica, a constituição de associação, de fundação, além de atos de direito de família, como o casamento e a adoção. Esses atos às vezes são ditos “de escopo comum”, mas essa expressão é ambígua; ela não só é dada como sinônimo dos “*Statusgeschäfte*”, como também dos contratos de colaboração, examinados a seguir, ou, até mesmo, dos atos coletivos. É interessante observar, sobre o contrato de consórcio, que o § 1º do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas expressamente o põe entre os atos obrigacionais e o exclui dos “atos estatutários”: **“O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciados somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada um por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”** (negritos nossos). Diferentemente, se o caso for de empresas consorciadas formando nova pessoa jurídica (“*corporate joint venture*”), a hipótese será de “*Statusgeschäfte*”, que são atos muito diferentes dos atos obrigacionais.

b) o contrato de consórcio comparado aos demais contratos.

17. Visto que o consórcio de que estamos tratando não é, pelo critério de número de partes, ato unilateral ou colegiado, nem é, pelo critério dos efeitos,

autorização, ato de disposição, ou ato criador de *status*; visto que é ato bilateral/plurilateral e criador de obrigações (contrato), interessa, agora, classificá-lo entre as várias categorias de contrato. Sabido que os “*contratos*”, no direito brasileiro, são somente os acordos bilaterais/plurilaterais de conteúdo patrimonial e de direito das obrigações, cumpre dizer que as categorias contratuais, por força da diversidade de critérios, são muitas. Os contratos podem ser: formais e não formais; causais e abstratos; gratuitos e onerosos; ***inter vivos*** e ***mortis causa***; de execução instantânea, diferida, duradoura e de trato sucessivo etc. Uma classificação interessante, e que importa para o consórcio, é a que opõe os contratos de interesses conflitantes, por exemplo, a troca e a compra e venda, aos de colaboração, ditos às vezes de escopo comum ou com causa associativa. Se não se fizer confusão especialmente entre esses contratos de colaboração e os “*atos estatutários*”, o que temos, na verdade, é que os “*associativos*” são, em bom português, os contratos cujo objeto é cooperação, ou parceria. Galgano afirma que a doutrina não logrou identificar, dentre as normas gerais dos contratos, aquelas inaplicáveis aos contratos com comunhão de escopo, concluindo: **“À doutrina do contrato com comunhão de escopo resta, assim, o único mérito de ter sublinhado como o contrato, longe de exaurir a própria função na composição de interesses contrastantes, também é instrumento idôneo para a realização de interesses comuns a diversos sujeitos. Desaparece, contudo, a possibilidade de identificar o fenômeno associativo como um específico modo de conformação da relação contratual: ele não apresenta, deste ponto de vista, elementos idôneos a diferenciá-lo de qualquer outra espécie de contrato. *nem postula disciplina normativa diversa daquela aplicável aos chamados contratos de troca.*”** (ob. cit., p. 175; negritos nossos).

18. Adiante, porém, veremos que essas observações devem ser tomadas ***cum grano salis***, porque há uma espécie de contrato de colaboração, o contrato relacional, que, por força da economia atual e da boa-fé objetiva, exige posição um pouco diferente. Para terminar esse item, cabe, porém, por sua pertinência, a classificação dos contratos pelo objeto. Ora, sob esse ângulo, não são somente duas as espécies (contrato de troca e “de escopo comum”), e sim cinco: a) contratos que visam transferência de posse ou propriedade: locação, comodato, *leasing*, compra e venda, troca, doação, etc; b) contratos de fornecimento de atividade, produto ou serviço: trabalho, prestação de serviços, corretagem, depósito, transporte, empreitada, etc; c) contratos de extinção de lide: compromisso arbitral, transação, partilha; d) contratos de garantia: fiança, seguro, estipulação de solidariedade, contrato para constituição de hipoteca ou penhor, alienação fiduciária; e) finalmente, contratos de colaboração: contrato de sociedade (quando não for “*ato estatutário*”), parceria agrícola ou pecuária, acordo de acionista (quando seu objeto é a administração da sociedade) e, naturalmente, o consórcio.

19. Infelizmente, a classificação pelo objeto não é pacífica entre os doutrinadores, mesmo porque muitos ordenamentos estrangeiros incluem, entre os contratos, acordos de direitos reais e de direito de família, desde que com conteúdo patrimonial. Sob o título “*classificação dos contratos segundo a função econômica*”, Messineo (§ 138 de seu *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*) os agrupa como segue a) contratos de direito patrimonial de família; b) contratos de circulação de riqueza (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*) que abrangem, portanto, as duas categorias de contrato prevista no Código de Defesa do Consumidor (fornecimento de produto e de serviço); c) contratos de colaboração; d) contratos de prevenção de riscos; e) contratos de conservação de bens; f) contratos voltados para prevenção ou extinção de controvérsias; g) contratos de concessão de crédito; h) contratos constitutivos de direitos reais de gozo e garantia. Ricardo Luis Lorenzetti (*Tratado de los contratos*, parte geral, p. 238) distribui, por sua vez, os contratos segundo as “*finalidades econômico-sociais*”; as funções que considera são: “*Función de cambio de la titularidad, función de transferencia en el uso, función financiera, función de garantía, función de custodia, función de colaboración gestoria, función de colaboración asociativa, función de colaboración asociativa en redes, función de previsión, función de recreación, función extintiva y función de gratuidad*”.

20. Por outro lado, a dificultar ainda mais a classificação pelo objeto, não são poucos os contratos que, por força de alguma obrigação a ele anexa, acabam se aproximando muito dos de outra espécie. A franquia e a distribuição, por exemplo, são de fornecimento de atividade ou produto, e exigem intensa colaboração – mas não são contratos de colaboração. Quanto ao consórcio, porém, não resta dúvida, ele é contrato de colaboração; seu objeto é regular a cooperação.

II. O contrato de consórcio e os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. O tempo na execução dos contratos

a) Contratos relacionais

21. Entre as múltiplas questões que o caso examinado propõe, está aquela formulada logo no primeiro quesito, sobre ser ou não o consórcio um “*contrato relacional*”. Essa expressão, ainda não inteiramente assimilada nos direitos da família romano-germânica, representa uma importante tentativa de renovação da dogmática contratual clássica. A economia moderna se desenvolve intensamente por meio de contratos de duração (por oposição a contratos instantâneos) e, tendo em vista a aceleração da produção e a complexidade das situações que vão surgindo, por acordos com cláusulas abertas. A visão algo padronizada

dos “*momentos contratuais*”, conclusão e execução dos contratos, não cobre exatamente essa realidade.

22. Há, porém, dois pontos, ambos referentes à sua origem, que tornam difícil a integração do contrato relacional no mundo mental dos juristas romano-germânicos. São a sua fonte na sociologia e no universo intelectual norte-americano. A seguir, transcrevemos trecho da obra de Ronaldo Porto Macedo Jr. (*Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 155) que serve, ao mesmo tempo, para dar a noção de “*contrato relacional*” e ilustrar o que dizíamos sobre sua origem – que parece “*bastarda*” aos nossos juristas. “*Ian Macneil oferece dois exemplos paradigmáticos para descrever os contratos descontínuos e os relacionais. Um primeiro exemplo é a compra de gasolina numa rodovia. A transação é instantânea, completa, rápida e impessoal. Um segundo exemplo é o de um casamento tradicional, que envolve longo período de namoro, conhecimento, comunicação, aquisição de confiança, noivado, estabelecimento de objetivos comuns de longo prazo de caráter não exclusivamente econômico. A existência de cláusulas abertas e indeterminadas relativas, por exemplo, à divisão de tarefas no lar, esforço pessoal para o bem-estar da família, compromissos em caso de doença, frequência de relações sexuais etc., no momento em que o contrato é celebrado, e constante possibilidade de revisão e mudança. [...] O contraste entre estes dois exemplos propostos acima permite identificar uma primeira característica distintiva entre os contratos descontínuos e os contratos relacionais. O contrato de compra de gasolina não envolve relações primárias. Já no contrato de casamento tradicional, as relações primárias são intensamente exigidas. [...] Um outro fator importante, muitas vezes ligado ao predomínio de relações primárias ou não-primárias, é o número de participantes envolvidos numa relação contratual. Nos contratos descontínuos puros há apenas duas partes (isto em boa medida porque a própria presença de outras partes automaticamente começa a criar circunstâncias geradoras de características relacionais). O oposto ocorre com os contratos relacionais, especialmente aqueles estabelecidos no interior da grande empresa ou corporação. Neste tipo de contrato, é bastante comum o surgimento de verdadeiras redes de agentes e participantes, o que aumenta substancialmente a complexidade interna das relações contratuais. Não obstante, pode haver contratos relacionais com apenas duas pessoas, como é o caso do casamento, no exemplo paradigmático citado acima*”.

23. Procurando adaptar essas idéias ao nosso mundo conceptual, o que se percebe é que há, no contrato relacional, um contrato de duração e que exige fortemente colaboração. São relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto colaboração (sociedade, parcerias, etc) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para po-

der atingir os seus fins, como os de distribuição e da franquia, já referidos. O consórcio, sendo de colaboração e de duração, não resta dúvida, é um contrato relacional. Essa afirmação exige, porém, para o caso concreto examinado, dois desenvolvimentos, feitos a seguir, um sobre a boa-fé nos contratos relacionais e outro sobre o tempo na execução dos contratos.

b) A boa-fé nos contratos relacionais

24. A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do Código Civil de 2002, tem um primeiro nível, negativo e elementar, **comum a todo e qualquer contrato**, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a boa-fé inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar, mas a exigência de boa-fé, nesse patamar, **varia conforme o tipo de contrato**. Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de “**contratos existenciais**” (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os “**contratos empresariais**”. **Essa nova dicotomia que defendemos, “contrato existencial/contrato empresarial”, é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI**. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra “contrato” sem consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI como a de “contrato paritário/contrato de adesão” esteve para o século XX. Fechado o parêntesis, cumpre dizer, porém, que, no próprio grupo dos contratos empresariais, é preciso distinguir entre os relacionais – com o conceito já adaptado ao nosso direito, – e os não-relacionais. O princípio da boa-fé deve ser mais intensamente considerado nos primeiros, tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, muita lealdade entre as partes. **In casu**, como será mais desenvolvido adiante, a Petrobrás deve comunicar a situação de onerosidade excessiva às suas parceiras, que, por sua vez, por força da boa-fé, devem se oferecer, nos termos do art. 479 do Código Civil de 2002, ainda que extrajudicialmente, eis que há arbitragem prevista, para “**modificar equitativamente as condições do contrato**”.

c) O tempo na execução dos contratos

25. Quanto ao tempo na execução dos contratos, temos que considerar, como é sabido, que, se há lapso temporal entre a conclusão e a execução do contrato, as circunstâncias podem variar – e daí o problema dito da “**alteração das circunstâncias**”. Se a execução das prestações não é imediata, há três hipóteses possíveis; na primeira, o agente tem interesse em que a satisfação de suas necessidades ocorra em um determinado momento. O tempo funciona, assim, como fator de fixação da “sede temporal”, um termo assinalado à execução da prestação, marcando a

distância entre o ato constitutivo da relação jurídica e o ato de adimplemento. Pode-se falar, pois, em “**execução diferida**”. Semelhante a esse caso é aquele em que o tempo não é desejado pelas partes, mas é necessário para que a execução se aperfeiçoe; é o que ocorre, por exemplo, no contrato de empreitada, no qual a satisfação do interesse e o adimplemento dependem do resultado final de uma atividade preparatória mais ou menos longa. A entrega da prestação pode ser parcial, quando, em tese, poderia ser dita “**continuada**”, ou, então, em um único momento, quando o adimplemento seria “**instantâneo**”, mas são de “**execução diferida**”. Uma segunda hipótese é a execução por trato sucessivo, como ocorre nos contratos de fornecimento de mercadoria, nos de locação (quanto ao pagamento mensal do aluguel), etc. Finalmente, uma terceira hipótese, é a da execução continuada, no sentido próprio; por exemplo, contrato de trabalho, de locação (quanto à colocação da coisa à disposição), etc. Nas duas últimas hipóteses, o tempo corresponde ao “**interesse na satisfação continuada de uma necessidade duradoura**”; ele faz parte da causa final do contrato. Tem-se *adimplemento continuado ou protraído no tempo*. Ao passo que, na primeira hipótese, o tempo é “**suportado**” por uma, ambas ou todas as partes, em virtude da impossibilidade de obter a satisfação de seus interesses instantaneamente (pense-se novamente na empreitada), nas duas últimas, o tempo é “**desejado**” pelas partes. Somente nos dois últimos casos há, verdadeiramente, *contrato de duração em sentido técnico*, – contratos de execução continuada e de trato sucessivo –, de que são exemplos o contrato de locação, o contrato de sociedade e o contrato de trabalho, dentre outros (sobre o assunto, veja-se Giorgio Oppo, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, volume III, CEDAM, Padova, 1992, pp. 209 e ss.).

26. Em alguns ordenamentos, a alteração das circunstâncias, somente tem consequências jurídicas para os contratos de duração. Esse não é, porém, o caso do Código Civil, cujo art. 478 inclui os contratos de execução diferida e cujo art. 317 se reporta à desvalorização de prestação. Parece, portanto, que até mesmo o fracionamento do preço, para pagamento em prestações, admite revisão por alteração de circunstâncias. Se a isso acrescentarmos inúmeros outros artigos (por exemplo, art. 620, para a empreitada; art. 770, parte final, para o seguro, etc.), percebe-se quão intensamente o Código Civil de 2002 consagrou o princípio do equilíbrio contratual na execução dos contratos.

III. Alteração das circunstâncias, sinalagma e resolução do contrato de consórcio por desequilíbrio econômico (onerosidade excessiva x extrema vantagem)

a) Alteração das circunstâncias

27. O tema da alteração das circunstâncias é de evolução histórica complexa. “*Com raízes greco-romanas parcelares e menos assumidas, a alteração*

das circunstâncias ganhou relevância jurídica a partir do século XII, através dos canonistas. A sua divulgação deve-se a Bártolo, com a designação, que perduraria, de *clausula rebus sic stantibus*. A doutrina da cláusula penetrou, assim, no Direito comum europeu dos séculos subsequentes. Ela postulava que a celebração dos contratos era sempre acompanhada da proposição **rebus sic stantibus**: a vigência contratual dependia da manutenção do **status quo** próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos pactos ficava comprometida. O saber, no entanto, se a cláusula devia ser reportada à vontade das partes ou, pelo contrário, ao próprio Direito objectivo, quais os requisitos exactos da sua verificação e eficácia e quais os seus efeitos concretos nos convénios atingidos, constituíam questões sem resposta, na época". (António Menezes Cordeiro, *Da alteração das circunstâncias*, separata, Lisboa, 1987, p. 12).

28. E continua o mesmo autor: "Com o advento das grandes codificações do séc. XIX, foi quebrada a unidade do pensamento jurídico europeu continental; a partir de então, o desenvolvimento histórico do tema deve ser dobrado por considerações comparatísticas. O Direito francês, conservando a tradição dos jurisprudentes elegantes do humanismo, acima referida, clara no silêncio dos percursores do Código Napoleão e no deste mesmo diploma, sempre negou qualquer relevância, no campo civil, à alteração das circunstâncias". (o. c., pg. 13).

29. Entretanto, aceitar que fatos supervenientes justifiquem o não-cumprimento do contrato ou o seu cumprimento não integral pode ser uma exigência de **justiça**. Essa realidade não escapou à doutrina alemã que há tempos vem buscando construir soluções teóricas para o problema. A primeira digna de nota foi a **teoria da pressuposição** (*Voraussetzung*), formulada por Windscheid na monografia *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (Düsseldorf, 1850) e posteriormente no artigo *Die Voraussetzung* (publicado em 1892 no *Archiv für die civilistische Praxis*). Como já escrevemos: "Ao lado da condição e do termo, como autolimitações dos efeitos negociais, em lugar do encargo, cujo campo de aplicação é, como qualquer um percebe, limitado, concebeu ele [Windscheid] a figura da pressuposição, definida como uma condição não desenvolvida. Quem declara vontade, sob pressuposição, quer que os efeitos jurídicos somente se produzam, se persistir um certo estado de coisas." (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial. Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*, tese para o concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, pp. 220 e 221).

30. "As indecisões da doutrina e a grave crise económica registrada na Alemanha, no espaço entre as duas guerras, levaram a jurisprudência a reconhecer definitivamente eficácia à alteração das circunstâncias, em nome da boa fé. Ora a boa fé surge como conceito indeterminado, carecido, pois,

de concretização ou preenchimento, num conjunto de processos de redução dogmática difícil, em que apenas aos poucos têm sido obtidos resultados. A consagração jurisprudencial da eficácia jurídica da alteração das circunstâncias teve, assim, o sabor de um remédio casuístico para injustiças evidentes. Num panorama dominado pela incerteza e pela instabilidade, a alteração das circunstâncias foi retomada, em termos de patente contacto com a pressuposição de Windscheid, através de Oertmann, que lançou o mote conhecido da base do negócio. Na sequência desta inovação, mais linguística do que substantiva, iniciou-se, de novo, a oscilação pendular entre as construções subjetivas e objetivas" (António Menezes Cordeiro, o. c., p. 19).

31. Posteriormente, Larenz desenvolveu a teoria da base do negócio de Oertmann ("*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*", Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1956), distinguindo "entre **base subjetiva e base objetiva do negócio jurídico**; a primeira é a representação mental ou a expectativa pela qual ambos os contratantes se deixaram guiar ao concluir o contrato. É o motivo comum determinante. A segunda é o 'conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contraentes, possa subsistir como regulamentação dotada de sentido'. A base objetiva desaparece: a) quando se destrói a relação de equivalência; b) quando há frustração do fim do negócio. A consequência, em todas as hipóteses, é a ineficácia, com a ressalva de que, no desaparecimento da relação de equivalência, deve-se admitir sua restauração, mediante proposta da parte." (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial. Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*, cit., p. 224).

32. Deve-se mencionar também a doutrina da **frustração do fim do negócio jurídico**, cujos antecedentes estão na *doctrine of frustration* do direito contratual inglês. Nesse, a *frustration* "può latamente definirsi come la sopravvenuta impossibilità di realizzare lo scopo del contratto per il verificarsi di eventi imprevedibili ed estranei alla sfera di controllo delle parti" (Guido Alpa e Rossella Delfino, *Il contratto nel Common Law inglese*, 2ª edição, CEDAM, Padova, 1997, p. 161).

33. Por fim, a "solução italiana" veio com a consagração, no Código Civil de 1942, da figura da **onerosidade excessiva**, que para alguns é inteiramente nova, ao passo que para outros filia-se à teoria windscheidiana da pressuposição (sobre o assunto, vide Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 980 e ss.). Seja como for, o certo é que o Código Civil de 2002 incorporou a onerosidade excessiva em termos bastante próximos aos dos arts. 1.467 a 1.469 do *Codice*, ao prever:

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

"Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato."

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

34. Se, agora, passarmos aos fatos, verificaremos que todos os elementos da hipótese legal (*fattispecie*) do art. 478 do C.C. de 2002 estão presentes. Adiante, numa parte final, examinaremos também a aplicação possível, e muito adequada, da hipótese do art. 480. Os contratos de consórcio e os respectivos *participation agreements* celebrados entre Petrobrás e suas parceiras El Paso, Enron e MPX tiveram por pano de fundo a crise do setor elétrico, que culminou com o que popularmente veio a se chamar de "apagão", o racionamento de energia. O contexto em que os referidos acordos foram celebrados foi pormenorizadamente reproduzido no parecer técnico-econômico elaborado pelos economistas Luciano Galvão Coutinho, Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo, Fernando José de Camargo e Eduardo Tonooka. Transcrevemos alguns trechos: "Em linhas gerais, pode-se dizer que o ambiente econômico e setorial (mercado de energia elétrica) vigente à época da assinatura dos acordos era favorável a projetos de expansão da produção de energia, ao menos por duas razões principais: (i) os investimentos em geração e transmissão havia anos (desde meados dos anos oitenta e continuamente após a reforma do setor, em meados dos anos noventa) encontravam-se em níveis muito deprimidos; e (ii) a demanda crescia a taxas elevadas, mesmo em anos de baixo crescimento da economia. Com demanda elevada e sem novos investimentos, o sistema vinha dando sucessivos sinais de esgotamento ao menos desde final dos anos noventa – quedas alongadas de fornecimento em 1998 e 1999 em virtude de sobrecargas no sistema de transmissão e baixos níveis de reservatório –, agravados pela opção de gerenciamento de carga por parte do ONS [Operador Nacional do Sistema Elétrico], que autorizou ao longo destes anos despachos de usinas hidrelétricas além dos níveis considerados seguros historicamente pelo setor, adiando medidas de controle da demanda. Por conta desses fatores de mercado e da opção de gerenciamento do sistema, os níveis de reservatório foram se reduzindo continuamente, ao mesmo tempo em que crescia concomitantemente a probabilidade de déficit de energia elétrica, conforme ilustrado pelas figuras abaixo. [...] Num ambiente

de escassez de energia como o descrito acima, as simulações de preço futuro da energia elétrica realizadas pela ONS resultavam preços elevados, ao redor de US\$ 110 a US\$ 130 por MWh – segundo o conceito de Custo Marginal da Operação. À medida que os níveis de reservatório foram sendo reduzidos, os preços futuros estimados pelo critério de CMO [Custo Marginal da Operação] tendiam a crescer, situação que se verificou ao longo dos anos de 2000 e agravou-se fortemente em 2001, quando o racionamento tornou-se inevitável." (cf. pp. 20 a 23 do parecer técnico-econômico, negritos nossos).

35. Conclui-se que os projetos analisados, sobre as termoeletricas Macaé Merchant, Eletrobolt e TermoCeará, pressupunham escassez de oferta e elevada demanda de energia. Ocorre que as circunstâncias e as projeções existentes à época em que os contratos foram celebrados sofreram **mudança radical**, em função de diversos fatores, todos eles "extraordinários", no sentido legal (art. 478 do C.C. de 2002), e não imputáveis à Petrobrás ou às suas parceiras. Novamente, parece conveniente transcrever o aludido parecer técnico-econômico, *verbis*: "O ponto crucial do que se denominará **transformação estrutural do setor elétrico brasileiro foi a criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE), em 2001. Seu objetivo principal era gerir a crise de escassez de energia elétrica, buscando compatibilizar a demanda e a oferta a curto e médio prazos e, assim, evitar interrupções intempestivas ou imprevistas de suprimento. Na prática, o governo assumia as fragilidades do modelo regulatório em vigor e passava a interferir, de forma direta e totalmente exógena ao arcabouço institucional original do modelo, em todas as questões relevantes do setor no que dizia respeito à oferta e à demanda de energia elétrica, à gestão dos contratos e ao processo de formação de preços, através da edição de Medidas Provisórias, Decretos e Resoluções.**" (negritos nossos).

36. Em seguida, o citado parecer resume os três mais importantes tipos de intervenção do GCE no setor, que terminaram por alterar profundamente as circunstâncias: a) intervenção para ampliação de oferta de energia (criação de Comitê de Meio Ambiente, de energia eólica, energia a curto prazo, etc.); b) intervenção para redução da demanda (regimes especiais de tarifação, fixação de metas de consumo, etc.); e c) intervenção no processo de formação de preço. E continua o parecer: "Os efeitos da intervenção do GCE sobre o mercado de energia elétrica podem ser visualizados no gráfico abaixo. Primeiramente, houve uma queda abrupta da demanda, medida pela carga própria, a partir de junho de 2001 (início do racionamento). A oferta de energia começou a aumentar a partir de janeiro de 2002, crescendo quase 25% no ano. [...] Os impactos sobre a demanda também foram relevantes, pois além de intensos se perpetuaram: apesar do fim das restrições ao consumo, em fevereiro de 2002, a demanda não retornou para os patamares prevalecentes antes do racionamen-

to, indicando uma **mudança estrutural no padrão de consumo de energia**. O ambiente incerto colaborou para aumentar a elasticidade-preço da demanda por energia elétrica, tanto para a indústria, que buscou fontes alternativas de energia, quanto para as famílias, que alteraram seus hábitos de consumo. Neste sentido, houve uma **mudança qualitativa no consumo de energia** (redução no uso de freezer, aumento no uso de aquecimento a gás, por exemplo), **que gerou efeitos quantitativos**.” (cf. pp. 24 a 26 do parecer técnico-econômico, negritos nossos).

37. Houve, portanto, uma alteração estrutural no mercado brasileiro de energia elétrica, causada principalmente pela contínua e incisiva intervenção governamental do setor. Isso representou uma radical e inesperada mudança das circunstâncias, em relação ao cenário delineado quando da celebração dos contratos de consórcio (que contemplava, como já visto, escassez de oferta, crescimento de demanda e alta constante dos preços da energia). Como consequência direta dessa nova configuração do setor elétrico, as condições de mercado para as usinas termoeletricas Macaé Merchant, Eletrobolt e TermoCeará passaram a ser extremamente desfavoráveis.

38. A Petrobrás passou, pois, a arcar sistematicamente com a “contribuição de contingência”, acumulando prejuízos gigantescos. De acordo com estimativas contidas no referido parecer técnico-econômico, o valor da **transferência líquida de recursos** da Petrobrás para as parceiras El Paso, Enron e MPX, isto é, o montante da parcela da “contribuição de contingência” destinada à alocação de capacidade, será **superior ao valor do investimento** por elas feito nas usinas. Em outras palavras, “os desembolsos totais que a Petrobrás já efetuou e ainda terá que efetuar para cumprimento do contrato a título de Contribuição de Contingência ultrapassam o valor do investimento nas usinas, ou seja, em cinco anos, a Petrobrás pagará o valor das usinas aos PIEs [Produtores Independentes de Energia, no caso El Paso, Enron e MPX] e não será dona de nenhuma delas.” (cf. p. 37 do parecer técnico-econômico, negritos nossos).

39. Encontra-se inequivocamente presente, portanto, uma **alteração imprevisível e extraordinária das circunstâncias existentes no momento da celebração dos contratos**. E há, como decorrência, de um lado, para a Petrobrás, a **excessiva onerosidade** e, de outro, para as parceiras, que se viram liberadas das consequências da alteração, **extrema vantagem**. Com relação a essas decorrências, aliás, deve-se lembrar, com Mário Júlio de Almeida Costa, que, para a sua caracterização, o que se tem em vista é o equilíbrio contratual; não é necessário que o cumprimento da prestação leve o contratante à ruína econômica: “O aspecto a ter liminarmente em conta a respeito desta exigência é o da **perturbação do originário equilíbrio contratual**. Muitas vezes, consistirá no facto de se haver tornado demasiado onerosa, numa perspectiva econômica,

a prestação de uma das partes. Em tal hipótese, não basta, pois, uma qualquer diferença: ela deve mostrar-se expressiva. Se bem que, inversamente, também não se requeira que a alteração das circunstâncias coloque a parte em uma situação de ruína econômica, caso o contrato se mantenha incólume. Mesmo que não haja essa ameaça de colapso patrimonial, pode a exigência do cumprimento ser contrária à boa fé.” (Direito das obrigações, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 305).

b) Sinalagma e resolução contratual

40. Uma leitura superficial do art. 478 poderia levar à seguinte objeção: “ainda que o contrato de consórcio seja de colaboração e possa ser bilateral ou plurilateral, quanto às partes, isso não o subsume na categoria de sinalagmático, como exige o citado artigo sobre a excessiva onerosidade”. Ora, antes de mais nada, cumpre dizer que, na linguagem jurídica, as palavras “sinalagma” e “sinalagmático”, embora girando em torno de “troca” e “reciprocidade” oferecem alguma ambigüidade. Há sinalagma à grega, sinalagma à romana e sinalagma indireto. O art. 478 se contenta com o último significado.

41. “Sinalagma”, em grego, tem o significado de “contrato” e visa especialmente o que se poderia chamar de contrato de troca, mas com **equivalência ou proporcionalidade** entre as prestações (v. Aristóteles, *Ética e Nicômaco*, L. V, n. 5). Já no direito romano, bastava a reciprocidade, **ainda que sem equivalência**; são sinalagmáticos os contratos *do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias*. No Digesto 50, 16, 19, Ulpiano explica o vocábulo latino “contractum”, dizendo que significa “*ultra citroque obligationem*”, as obrigações recíprocas, “*que os gregos chamam de “sinalagma”* – usa o grego – “*quod Graeci sinalagma vocant*”, “*como a compra e venda, a locação, a sociedade*” (V. também D. 2, 14, 7, 2 – Ulpiano *IV ed edictum* –, D.19.5.5 e, na doutrina, excelente, Schulz, *Derecho Romano Clasico*, § 901).

42. Entretanto, não são somente os contratos de troca (com ou sem equivalência) que são sinalagmáticos. O que, de fato, os caracteriza é que são causais, isto é, exigem **causa**, – que, para distinguir de outros significados da palavra, “causa”, seria melhor se pudéssemos escrever *Kausa*. A **causa**, no sentido próprio (*causa naturalis*) é o deslocamento patrimonial que justifica outro deslocamento patrimonial. Uma obrigação é, então, **causa** da outra; por exemplo, na compra e venda, a obrigação de pagar o preço justifica a obrigação de entrega da coisa. A **causa**, no sentido fundamental (*causa naturalis*), é, pois, consubstancial aos contratos onerosos. Nos contratos de colaboração, ou “*associativos*”, o sinalagma é **indireto**, mas a **causa** continua presente: um sócio se obriga porque o outro também se obriga, ainda que seus interesses não sejam opostos – não há troca –, e haja escopo comum. Afirma Tullio Ascarelli, em profundo estudo sobre a natureza dos contratos de colaboração (por ele

ditos plurilaterais): “Nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação sinalagmática, enquanto a obrigação de uma das partes depende da existência de uma obrigação válida da parte contrária ou enquanto a inexecução da obrigação de uma das partes autoriza a não-execução da obrigação da parte contrária. Ora, nos contratos plurilaterais, essa relação, em lugar de ter um caráter direto e imediato, como nos contratos de permuta, adquire um caráter indireto e mediato; a invalidade ou inexecução das obrigações de uma parte não exclui, só por si, a permanência do contrato entre as demais, a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum.” (Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, Bookseller, Campinas, 2001, p. 420; negritos nossos).

43. Na verdade, o que importa, para os fins do art. 478, é a onerosidade (“excessiva onerosidade”), e não tanto o caráter sinalagmático que, como vimos, não é inteiramente unívoco. O ponto é bem tratado por Cariota-Ferrara: “Nos contratos a título oneroso, podem-se distinguir duas categorias: os contratos de troca [contratti di scambio] e os contratos de colaboração <contratti associativi>. Exemplos da primeira são a compra e venda, a troca, a locação. Quanto à segunda pode-se lembrar, de um lado, o contrato de sociedade, de outro, a parceria agrícola <colônia parziaria>, a parceria por meação <mezzadria>, a sociedade em participação (ditos contratos de parceria). Característica comum a elas é a causa onerosa. Daí a relação de causalidade ou sinalagmaticidade entre as prestações ou obrigações das partes. A onerosidade e a sinalagmaticidade aparecem muito claras e seguras nos contratos de troca (compra e venda etc.): nestes, de fato, a obrigação ou a prestação de um contratante encontra precisamente o seu correspondente naquela do outro contratante, que se encontra em relação de direta reciprocidade com a primeira: as partes, em suma, tornam objeto de seu acordo uma troca dos respectivos bens (diretamente ou mediante as obrigações tendo por objeto a sua entrega ou dação), ou dos respectivos serviços, ou de bens e serviços destinados a passar do patrimônio de um ao patrimônio do outro. Vice-versa, nos contratos de colaboração <associativi> nenhuma troca ocorre entre um e outro contratante. Não obstante, há onerosidade e há sinalagmaticidade: com efeito, a prestação ou a obrigação de um está em relação com a do outro ou dos outros contratantes, de que extrai a sua justificação. Veja-se o contrato de sociedade: ainda que nenhum sócio dê ou faça algo ao outro, ainda que não haja nenhuma troca de bens ou de serviços entre os respectivos patrimônios, indubitavelmente a obrigação ou a prestação de cada um dos sócios encontra-se causalmente vinculada àquela do outro, e sobretudo está em função de atribuição patrimonial (à sociedade).” (Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Morano Editore, Nápoles, s.d.p., pp. 232 e 233; negritos nossos).

44. No mesmo sentido, Charles-Henry Chenut, em monografia sobre o contrato de consórcio, afirma expressamente que o tipo contratual em análise é sinalagmático. São suas palavras: “Le consortium est un contrat synallagmatique. [...] Car, s’il est indéniable que les membres de la convention de groupement s’engagent réciproquement les uns à l’égard des autres, le contrat de consortium ne peut être de ce fait unilatéral. En outre, si les obligations réciproques de coopération ont la particularité d’être, non pas distinctes, mais identiques, cela ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance du caractère synallagmatique d’une telle convention. Ce n’est pas la différence d’objet des obligations qui fait qu’un contrat est synallagmatique, c’est leur réciprocité. Aussi, même si les obligations des membres du consortium ont des objets identiques, elles n’en sont pas moins réciproques. Cet accord de coopération est bien alors synallagmatique, avec les conséquences que cela entraîne. [...] La convention de consortium est un contrat à titre onéreux par nature. En effet, l’opération n’est pas pour les coopérants philanthropique. Le but poursuivi par eux est foncièrement intéressé. Il y a une recherche évidente d’avantages: faire des affaires, mais ensemble. La coopération ne saurait être motivée par une intention libérale. Chacun contribue à l’oeuvre commune au profit de tous. L’échange est mutuel.” (Le contrat de consortium, LGDJ, Paris, 2003, pp. 105 e 106; negritos nossos).

45. Compreende-se, pois, a aplicação das consequências jurídicas da onerosidade excessiva, resultante de alteração das circunstâncias, também aos contratos de colaboração. Rodolfo Sacco observa com precisão: “Também são contratos com prestações correspondentes os contratos de sociedade. A função associativa não exclui que a prestação do sócio e do associado seja reciprocamente condicionada à prestação dos outros sócios e ao direito à partilha final. Não excluem essa solução as complicações decorrentes do fato de ser o contrato plurilateral e de que, se a sociedade é personificada, a troca ocorre entre a contribuição inicial dos sócios <conferimento> e a aquisição da quota social. A peculiaridade da relação pode acarretar que a prestação consistente no emitir as ações ou no repartir os lucros ou o patrimônio não sejam mais excessivamente onerosas, porque avaliadas segundo parâmetros que impedem tal ocorrência. Mas a prestação do sócio, se diferida com relação ao momento da promessa <impego>, pode perfeitamente subsumir-se à hipótese do art. 1.467 <do Código Civil italiano, análogo ao art. 478 do Código Civil de 2002>.” (Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, Il contratto, tomo II, UTET, Torino, 1996, p. 665).

46. Nos contratos de colaboração, dois dos atuais “princípios sociais” dos contratos, o do equilíbrio contratual e o da boa-fé, vêm reforçados por força da própria natureza do contrato. Parecem oportunas as seguintes palavras de Betti: “Se de cooperação se trata, não é honesto, não é humano (porque

anti-social) pretender o sacrifício da existência patrimonial do devedor para ter fé no contrato. Isto seria contrário à idéia da cooperação no interesse do consorciado; isto seria contrário ao próprio critério da boa-fé contratual. Pois que a boa-fé é, sim, essencialmente fidelidade, empenho de cooperação no interesse alheio para o adimplemento das legítimas expectativas alheias, mas de frente à superveniência de eventos imprevisíveis, que excedem a álea normal do tipo contratual concluído (álea com a qual todo contratante deve fazer os seus cálculos), a mesma boa-fé, entendida como fidelidade e empenho, não pode chegar ao ponto de requerer o sacrifício da existência patrimonial. Então, em circunstâncias similares, a lei intervém para compor a antinomia entre duas exigências opostas, a de certeza das relações jurídicas e a de justiça: trata-se, de fato, de uma exigência de justiça, uma exigência de equidade, entendida não no sentido incolor, vago e no fundo escassamente significativo que a palavra vem assumindo no banal uso e abuso cotidiano, mas sim entendida no sentido de equidade da cooperação. Não é efetivamente admissível uma cooperação se não em um plano de paridade e reciprocidade entre os consociados, que leve em conta aquela que era, de acordo com toda previsão razoável, a avaliação comparativa do custo e do rendimento, daquele que era o peso, o sacrifício, o ônus econômico da prestação em confronto com a vantagem correspondente, daquela que era a economia global do arranjo de interesses previsto no contrato.” (Teoria generale delle obbligazioni, I, Milão, 1953, p.194; negritos nossos).

47. Tendo em vista estas considerações, torna-se evidente que o entendimento dos contratos de consórcio e dos *participation agreements* celebrados entre Petrobrás e El Paso, Enron e MPX leva a concluir, até mesmo pela expressão utilizada “contribuição de contingência” – voltaremos ao assunto – que o risco assumido pela Petrobrás não compreendia o de uma alteração estrutural do setor de energia elétrica tão profunda como a verificada *in casu*. Não existe, nos acordos celebrados, nenhuma cláusula que indique assunção de riscos extraordinários, a ponto de a “contribuição de contingência” tornar-se permanente. Examinada a questão sob o ângulo dos riscos, percebe-se que todas as consequências onerosas dos fatos extraordinários e imprevisíveis estão com a Petrobrás, onerosidade excessiva, e nenhuma com suas parceiras, extrema vantagem. A expectativa razoável das partes não era que a Petrobrás viesse a desembolsar montante superior ao próprio valor posto pelas parceiras na construção das termoeletricas. Assim, ressalvado o que diremos na última parte desse parecer, impõe-se reconhecer o desequilíbrio contratual causado por fatos extraordinários e imprevisíveis, com excessiva onerosidade de um lado e, conseqüentemente, extrema vantagem de outro, para o fim de resolver, na forma da lei, os contratos de consórcio (art. 478 do C.C. de 2002) ou, se possível, adequá-los equitativamente (art. 479 do C.C. de 2002).

IV. Resolução parcial do contrato. O art. 480 do C.C. de 2002. A função social do contrato

48. Corinne Rigalle-Dumetz, em monografia recente (*La resolution partielle du contrat*, Dalloz, Paris, 2003), parte da diferença entre *contrato* e *relação contratual*, para sustentar que a resolução, na verdade, não é do contrato, e sim da obrigação principal, ou relação contratual básica, que nele tem a sua fonte. Exemplifica com a hipótese de um contrato (por exemplo, de prestação de serviço) que, extinto, deixa ainda persistir obrigações, como a de não-concorrência, ou deveres, como o de sigilo. Essas obrigações ou deveres remanescentes, se houver inadimplemento, acarretarão **responsabilidade contratual**, que pode até mesmo estar garantida por cláusula penal. Portanto, quando se diz “*resolução contratual*” não é propriamente o contrato que é resolvido, e sim, a obrigação principal, que ele fez surgir.

49. O raciocínio está correto e, por isso, na chamada “resolução parcial” também não é uma **parte do contrato** que é resolvida, e sim, **alguma obrigação** que dele surge, diversa da principal. Essa obrigação eliminada pode ser relativa a uma pessoa, ou a uma parte, desde que, no contrato, a ausência dessa pessoa, ou da parte, em nada altere, para os demais, o fim visado (resolução parcial subjetiva). Pode também a obrigação extinta ter integrado o conteúdo do contrato, sem que seja a principal, e, aqui, poderemos também ter resolução (resolução parcial objetiva), sempre desde que seja possível manter o contrato. No fundo, é ainda aplicação do **princípio da conservação dos negócios jurídicos**, que inspira figuras como a nulidade parcial (art. 184 do C.C. de 2002), – mas cumprindo lembrar que as nulidades em geral são examinadas no momento da conclusão do contrato e, aqui, estamos tratando de sua execução.

50. Quando a **natureza** de um contrato é negada, de início, no momento de sua própria conclusão, a cláusula que dispõe nesse sentido é nula (cf. art. 424, do C.C., para os contratos de adesão); a nulidade será da cláusula e teremos nulidade **parcial** do contrato. Assim, por exemplo, é nula a cláusula de não-indenizar nos contratos de transporte. Se a natureza do contrato é, porém, negada mais tarde, durante a execução, a hipótese é de resolução (resolução parcial do contrato, ou resolução da cláusula).

51. O ideal, no caso examinado, é justamente tomar em consideração, a chamada “contribuição de contingência”, a fim de examinar sob o ângulo da chamada resolução parcial (= resolução de uma obrigação diversa da principal). Dois, *in casu*, são os argumentos na defesa dessa resolução: o art. 480 do C.C. e o princípio da função social.

52. A palavra “contingente” significa o que é possível, o que é eventual. Segundo os melhores dicionários da língua (Bluteau, Moraes), e também se-

gundo os mais recentes, quer dicionários populares (Aurélio, Houaiss) quer filosóficos (Logos), “contingente” é o que pode ou não existir. “*O que pôde existir, e suceder, ou deixar de existir*” (Moraes). “*Que pode ou não suceder; eventual, incerto: ‘Seria possível uma associação, embora contingente e passageira, entre as duas classes?’*” (Graciliano Ramos, Memórias do Cárcere, I, p. 71) (Aurélio). “*É o ser que existe, podendo não existir. Opõe-se ao necessário, que é de tal modo que não pode não ser. Do possível, distingue-se como uma das suas formas: é o possível existente de modo concreto. Contrapõe-se ao meramente possível e ao existente de modo subsistente*” (Logos: Enciclopédia Luso Brasileira de Filosofia).

53. Além de toda a argumentação já dada, não resta dúvida que, tomada em si, a “*contribuição de contingência*” se “*desnaturou*”; converteu-se em “*contribuição permanente*”. A excessiva onerosidade da “*contribuição de contingência*” ressalta. Não era essa a vontade das partes. Quando a lei se refere a “*contrato*” inclui evidentemente as suas cláusulas. Nulidade ou resolução do contrato pode ser nulidade ou resolução de cláusula contratual. O art. 480 do Código Civil de 2002, a nosso ver, não se aplica exclusivamente aos contratos unilaterais; aplica-se também a cláusulas que criam obrigações somente para uma das partes – deixando esclarecido que não estamos nos atendo à redação de uma cláusula, e sim, ao seu **sentido final**. A cláusula da “*contribuição de contingência*” cai sob a hipótese. O art. 480 tem aplicação: “*Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva*”.

54. A previsão da função social do contrato (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil de 2002), por sua vez, inclui também, evidentemente, a previsão da função social de suas cláusulas. A grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, **no momento inicial** do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim **no momento posterior**, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a **liberdade** de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao **desenvolvimento** dessa iniciativa. Sob esse aspecto, o caso presente é paradigmático: a cláusula não era nula, mas tornou-se **resolúvel**.

55. O fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato perca sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz. Entre os casos de frustração do fim do contrato, que agora encontram legalmente um “*lugar cômodo*” sob a exigência da função social, estão os “*coronation cases*” de Windscheid, quando, na Inglaterra, cidadãos que alugaram sacadas e terraços, para assistir a passagem do cortejo de Eduardo VII, se viram frustrados com o

cancelamento do percurso das carruagens (mas as janelas e sacadas permaneceram à disposição); ou também o caso de Larenz, do artesão, que, na Alemanha, insistia em fazer a porta de igreja, já demolida por bombardeio aliado, porque o contrato havia sido assinado; e, assim, inúmeras outras situações em que, **sem haver impossibilidade da prestação**, o verdadeiro **fim** do contrato, conhecido das duas partes, já não pode ser atingido. Em todas essas hipóteses, o contrato, tornado inútil, deve ser resolvido por falta de função social. A impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato constitui, a nosso ver, juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio-ambiente, concorrência, etc.) e a lesão à dignidade da pessoa humana, os três casos em que a função social do contrato deve levar à ineficácia superveniente.

56. A perda de função social também pode ocorrer, como é natural, em cláusula do contrato. Ora, no caso concreto, a referida “*contribuição*”, passando de “*contingente*” a permanente, não mais corresponde à vontade das partes nem atinge o fim para o qual surgiu, que era o de responder a uma eventualidade. Assim sendo, pensamos que a consulente deve, após seguir o “*caminho das pedras*” da negociação e se não houver acordo, **pleitear a revisão ou a resolução da cláusula de “contribuição de contingência”**. Deve também, o quanto antes, notificar suas parceiras da atual situação de ineficácia possível da citada cláusula e, para evitar maiores prejuízos, requerer, na arbitragem, a suspensão dos pagamentos mensais (não obtida, poderá pedir, na demanda de resolução, a devolução das “*contribuições*” a partir da citação – e, talvez, a partir da notificação).

57. Isto posto, passamos a responder aos quesitos. **Ao 1º** “*Os contratos firmados pela Petrobrás com as ‘merchant’ Macaé (El Paso), Eletrobrás (Enron) e Termo Ceará (MPX) podem ser qualificados ‘contratos relacionais’ com as consequências jurídicas decorrentes dessa espécie contratual e, conforme o exposto, inclusive em relação à respectiva execução dos aludidos contratos?*”: Os contratos celebrados pela Petrobrás com El Paso, Enron e MPX são “*contratos relacionais*”; são contratos de colaboração e de duração, o que intensifica a exigência de boa-fé e abre a possibilidade de que a alteração das circunstâncias venha a destruir seu equilíbrio, tornando-os excessivamente onerosos e permitindo resolução (art. 478 do C.C. de 2002). **Ao 2º** “*O objeto dos aludidos contratos consiste na parceria ou consórcio para a construção, implantação e exploração de termelétricas. [...] A Contribuição de Contingência, obrigação eventual, tornou-se habitual e constante, servindo, inclusive, para remunerar o capital das parceiras. Pergunta: essas cláusulas e condições, desde a formação dos aludidos contratos, são leoninas ou, em face das alterações de mercado, especialmente, em relação aos efeitos do racionamento, tornaram-nas leoninas, impondo à Petrobrás onerando-a excessivamente, a ponto de suportar*

prejuízo, já realizado e estimado, superior a R\$6 bilhões e 35 milhões, durante o prazo contratualmente previsto (sessenta e sessenta e cinco meses)?”: a cláusula de “contribuição de contingência” não era nula, mas “desnaturou-se” ao se tornar permanente e é, assim, passível de revisão ou resolução (resolução parcial) (art. 480 do C.C. de 2002). **Ao 3º** “O parecer técnico elaborado pela LCA Consultores aponta as seguintes inadequações oriundas dos sobreditos contratos: o pagamento pela Petrobrás às parceiras de ‘alocação de capacidade’, isto é, remuneração de investimentos e do capital, na quantia de R\$1 bilhão 310 milhões, estimando-se que essa verba remuneratória alcance no período contratual a importância de R\$ 4 bilhões e 510 milhões (págs. 39/40). Pergunta: esse fato não é suficiente para caracterizar a natureza leonina dos contratos e a excessiva onerosidade impondo a anulação ou revisão das aludidas cláusulas e condições?”: Sim. A quantia que a Petrobrás desembolsou a título de “contribuição de contingência”, bem como, se nada for feito, continuará a desembolsar, em valor superior até mesmo ao total investido por suas parceiras nos empreendimentos, configura a excessiva onerosidade, que permite o pedido de resolução e, por essa via, eventual reequilíbrio voluntário dos contratos celebrados. Quanto à revisão dos contratos, veja-se a resposta ao quesito 5º adiante. **Ao 4º** “[...] O desembolso total destinado à alocação de capacidade corresponde, aproximadamente, ao valor total do investimento das três usinas, ou seja, em cinco anos a Petrobrás pagará aos PIES mais que o valor das usinas e não será dona de nenhuma delas (págs. 39 e 40). Pergunta: tal fato caracteriza a natureza leonina das cláusulas contratuais, implicando a violação do princípio da boa-fé objetiva e o enriquecimento ilícito ou sem causa das parceiras em prejuízo da Petrobrás?”: Como afirmamos neste parecer, a prestação que a Petrobrás se obrigou a realizar perdeu seu caráter de contingente, tornou-se permanente e excessivamente onerosa, daí decorrendo a necessidade de sua resolução. O caso, a nosso ver, não é de anulação, que corresponde a vício inicial, e sim de resolução por alteração (superveniente) das circunstâncias. Há violação do princípio da boa-fé objetiva, que, aliás, para o art. 437, nº 1, do Código Civil português está na base da figura da onerosidade excessiva; há principalmente quebra do princípio do equilíbrio contratual, consagrado expressamente nos arts. 478 e 480 do C.C. de 2002. Além disso, a cláusula de contribuição de contingência perdeu sua finalidade, tornando-se sem função social (art. 421 do C.C. de 2002). Por outro lado, a figura do enriquecimento-sem-cause, devido ao fato de se tratar de remédio subsidiário (art. 886 do C.C. de 2002) e havendo as soluções já referidas, parece-nos, quanto aos pontos tratados, inaplicável; ela somente tem cabimento para as parcelas anteriores à resolução, nos termos da resposta ao quesito 8º. **Ao 5º** “O parecer técnico elaborado pela LCA Consultores, as estimativas e registros contábeis da Petrobrás demonstram que os sobreditos contratos implicam prejuízos de

R\$6 bilhões e 350 milhões, segundo as estimativas contábeis. Dessa forma, é possível suscitar o fenômeno do desequilíbrio econômico-financeiro dos mencionados contratos, promovendo-se a respectiva revisão contratual e distribuindo-se equitativamente os aludidos encargos entre as partes, a fim de evitar que a Petrobrás continue a suportar unilateralmente vultosos prejuízos?”n: Sim. Literalmente, o que o Código Civil admite é a resolução, mas uma jurisprudência criativa, e, especialmente, a arbitragem, poderá **reverter** o contrato, a fim de mantê-lo, distribuindo equitativamente as prestações das partes. O art. 317 do Código fornece excelente base legal para uma **revisão** do contrato, sem resolução. **Ao 6º** “A execução da cláusula prevendo a Contribuição de Contingência, tornou esse encargo habitual e constante. As ‘merchants’ passaram a exigir mensalmente essa contribuição, incluindo-se no ‘quantum debeatur’ todas as despesas, custos de investimento e remuneração de capital (alocação de capacidade). Indaga-se: Nesta acepção, isto é, transformando-se a ‘Contribuição de Contingência’ em desembolso habitual e constante, encerrando as características apontadas pelo parecer técnico da LCA Consultores, é possível qualificar essa cláusula como leonina e contrária ao princípio da boa-fé objetiva, com as consequências jurídicas inerentes a esse instituto?”: Tendo a “contribuição de contingência” se tornado de ocorrência certa, o que não foi previsto pelas partes, é atualmente “leonina” e, assim, resolúvel e sem função social. A exigência para que a Petrobrás continue a pagar a “contribuição de contingência”, no atual contexto da execução dos contratos examinados, viola o princípio da boa-fé objetiva, especialmente por estarmos diante de contrato relacional nos termos já afirmados. **Ao 7º** “A cláusula prevendo a Contribuição de Contingência, transformada de ‘eventual’ em constante e habitual, pode ser qualificada de abusiva ou a sua execução pode ser considerada abuso de direito?”: Sim. A exigência pura e simples da continuação dos pagamentos, após a notificação das parceiras da intenção de resolução do contrato, ou de resolução da cláusula, com as razões já dadas, constitui abuso de direito. **Ao 8º** “Em face dos instrumentos contratuais e da documentação apresentada, à vista dos princípios da teoria neoclássica dos contratos e daqueles atinentes à teoria dos contratos relacionais, é possível afirmar que a Petrobrás não assumiu a obrigação de remunerar o capital de suas parceiras, mas estas é quem assumiram essa obrigação contratual. Todavia, na execução dos contratos é a Petrobrás quem está suportando essa verba. Logo, é possível afirmar que: (1) essas verbas estão sendo pagas indevidamente pela Petrobrás e, assim, é possível repetir? Além disso, (2) é possível afirmar que as parceiras da Petrobrás não estão, nesta matéria (suportar o risco de capital), cumprindo suas obrigações contratuais? Por isso, é possível à Petrobrás opor a exceção de contrato não cumprido, a fim de suspender os pagamentos relativos à Contribuição de Contingência?”: A devolução do montante pago sempre será possível, se for

das parcelas posteriores à citação para a resolução ou, talvez, das posteriores à manifestação da intenção de resolução. Da resolução, nos contratos de duração, se diz que opera *ex nunc*. Diferentemente, a repetição das parcelas anteriores a essas datas poderá ocorrer com recurso à figura do enriquecimento-sem-causa, que é meio apto para atingir as prestações *ex tunc*. Por outro lado, embora o consórcio seja contrato oneroso (e sinalagmático, nos termos afirmados no parecer), a cláusula de contribuição de contingência justamente por ser unilateral impede a utilização da exceção do contrato não cumprido. **Ao 9º** “A execução imprópria das cláusulas contratuais, implicando o desembolso excessivo da Contribuição de Contingência, pode não significar ‘execução dolosa’, porém ‘execução culposa’. Verificando-se essa inobservância onerosa à Petrobrás, desequilibrando-se as obrigações contratuais, em razão do princípio da boa-fé objetiva, a Petrobrás tem a obrigação de comunicar essa situação imprópria à suas parceiras, a fim de promover o reequilíbrio dos aludidos contratos? Na omissão, resistência ou resposta negativa das parceiras, caracterizar-se-á o respectivo inadimplemento, e a Petrobrás estará legitimada a promover a responsabilização das parceiras, inclusive para reequilibrar os aludidos contratos, pleitear a respectiva reparação e determinar a suspensão dos pagamentos das Contribuições de Contingência?”: A Petrobrás deverá comunicar às parceiras a intenção de resolver ou rever os contratos em virtude da excessiva onerosidade já apontada. Se não houver composição amigável, afigura-se-nos viável a obtenção de medida liminar para suspender os pagamentos. É possível pedir a revisão, nos termos da resposta ao quesito 5º. **Ao 10º** “A execução dos aludidos contratos, nas bases e condições apontadas, pode caracterizar ato de liberalidade?”: Não é possível falar em ato de liberalidade. Não há *animus donandi* e o contrato é empresarial. **Ao 11º** “Em consequência da resposta ao quesito anterior, é possível desabonar ou censurar, jurídica e eticamente, imputando à Petrobrás desrespeito aos contratos, por esta adotar medidas negociais, arbitrais e judiciais para corrigir e conter os prejuízos consumados e aqueles estimados, invocando-se o vestustoso princípio ‘pacta sunt servanda’?”: Não nos parece possível censurar a Petrobrás por pleitear a resolução ou a revisão dos contratos celebrados, diante da alteração das circunstâncias, da excessiva onerosidade e, no caso da cláusula impugnada, da perda da função social. Os caminhos alvitrados são legais. **Ao 12º** “Em suma, as características contratuais apontadas e respectivas cláusulas podem ser qualificadas ‘leoninas’ por ofender o princípio da boa-fé objetiva, impondo ônus excessivo à Petrobrás e, por isso, propiciando o locupletamento ilícito ou sem causa de suas parceiras?”: Como já afirmamos, a solução do enriquecimento-sem-causa somente seria aplicável se não houvesse outras vias. **Ao 13º** “É o contrato de consórcio um negócio jurídico plurilateral? Existe, neste tipo de contrato, prestação e contraprestação? Se positiva a primeira indagação, são, ainda

assim, aplicáveis os princípios e regras que normalmente ensejariam a revisão dos contratos bilaterais e sinalagmáticos, tais como o desequilíbrio econômico e financeiro, a onerosidade excessiva, a teoria da imprevisão e a teoria da lesão contratual?”: O contrato de consórcio é, quanto ao número de partes, ato jurídico bilateral ou plurilateral; é espécie dos contratos de colaboração, isto é, de parceria ou comunhão de escopo. É contrato de duração (ainda que de duração limitada) e há, nele, prestação e contraprestação, com conexão causal (por isso, pode ser qualificado como sinalagmático, além de oneroso). São perfeitamente cabíveis, portanto, respondendo em tese, os chamados “remédios sinalagmáticos”. No caso, porém, não cabem a *exceptio non adimpleti contractus*, pela razão já dita, nem a lesão, porque esta é inicial, contemporânea à emissão da declaração de vontade, e depende também de outros pressupostos. **Ao 14º** “Os Tribunais brasileiros vêm decidindo em prol da intenção das partes em detrimento da vontade declarada de forma escrita? Se positivo, que elementos de prova podem ser considerados para fins de se alcançar essa intenção?”: Os tribunais brasileiros decidem em prol da intenção e em detrimento do sentido literal da linguagem, em obediência ao art. 112 do Código Civil de 2002 (art. 85 do Código Civil de 1916). A fim de se determinar a verdadeira intenção das partes, devem ser analisados o texto (e a contribuição foi dita “de contingência”) e o contexto em que o contrato está inserido. Importam todas as circunstâncias relevantes aplicáveis ao caso concreto, especialmente o comportamento das partes anterior e posterior à celebração do contrato (incluindo as tratativas e as negociações prévias), os usos e costumes e a finalidade concretamente almejada pelas partes (fim prático ou econômico-social do contrato). **Ao 15º** “É razoável admitir que existem limites implícitos aos riscos assumidos pelas Partes, no sentido de haver uma limitação da aplicação da cláusula (interpretação restritiva) que impõe o pagamento da Contribuição de Contingência? Em outras palavras, a despeito dos termos da disposição contratual sobre o assunto, é correto admitir que dita obrigação não seja exigível em situação fática que supere o risco razoavelmente previsto, levando em consideração os aspectos técnicos, econômicos, comerciais, de mercado e negociais existentes à época da negociação e celebração dos contratos?”: Sim, há limites aos riscos assumidos. É correto afirmar que a obrigação de efetuar a contribuição de contingência não é mais exigível em situação fática que supere o risco razoavelmente previsto. Aliás, ela se “desnaturou”; passou a ser a contribuição oposta, ao passar de “contingente” a “permanente”. **Ao 16º** “Tendo em vista que o negócio jurídico entabulado entre as partes envolve assunção de riscos, e possui um elemento de álea, quais seriam os meios jurídicos para se pleitear a revisão do Contrato? Neste caso, são aplicáveis os princípios e regras que possibilitem a revisão dos contratos?”: Entendemos que a figura da resolução por onerosidade excessiva é aplicável não só aos contratos em que

há obrigação de garantia e, portanto, prestação de caráter aleatório (como é o caso em tela), como também aos próprios contratos aleatórios. Deve-se notar que o Código Civil de 2002 não exclui esses contratos da resolução por onerosidade excessiva. Em última análise, deve-se verificar, no caso do Código Civil brasileiro (que admitiu a teoria da imprevisão), se os riscos assumidos pela parte que se obrigou a prestar garantia se agravaram imprevisível e exageradamente e, assim, se a execução do contrato contraria as justas expectativas das partes, violando o princípio da boa-fé objetiva, além de quebrar o princípio do equilíbrio contratual. No caso presente, entendemos que houve esse agravamento dos riscos assumidos pela Petrobrás, resultando na possibilidade de resolução por onerosidade excessiva, como previsto no Código Civil de 2002 (art. 478). Quanto à cláusula de contribuição de contingência, especificamente, não só cabe o mesmo raciocínio (art. 480), como também deixou ela de atingir o fim visado, perdendo, assim, sua função social (art. 421). É o nosso parecer,

S.M.J.

São Paulo, 15 de junho de 2004.

Antonio Junqueira de Azevedo