

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

RICHARD PAE KIM

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-155-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Apresentamos aos leitores a obra resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito Civil Constitucional I, selecionados no XXV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), Universidade Católica de Brasília (UCB), pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com apoio da CAPES e CNPq, com o tema "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", realizado em Brasília - DF, entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

Temos a honra de prefaciar essa obra que reúne um instigante conjunto de artigos elaborados por pesquisadores de diversas Instituições de Ensino Superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho e que se oferecem à crítica da comunidade jurídica, espelhando o pensamento de seus autores, por meio do exercício da liberdade e do pluralismo, pilares de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos princípios e valores constitucionais que lhe dão suporte.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos sobre temas de interesse teórico e prático do Direito Civil Constitucional, seja nas relações jurídicas subjetivas existenciais, seja nas relações jurídicas patrimoniais.

Os trabalhos, em sua expressiva maioria, promoveram abordagem interdisciplinar, com enfoque no diálogo das fontes, buscando amparo nas normas constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Verifica-se, ainda, que com pressupostos estruturados em hermenêutica constitucional, os temas foram abordados a partir de inovações e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Civil e da legislação especial, além da doutrina estrangeira especializada.

Devem, por fim, ser rendidas homenagens e manifestados agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo empenho dedicado às pesquisas desenvolvidas, que culminaram na elaboração da presente obra coletiva.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Richard Pae Kim - Universidade Metodista de Piracicaba

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL E POSSIBILIDADE DE REVISITAÇÃO DE SUAS CONDIÇÕES PELO ESTADO-JUIZ

THE LEGAL RELATIONSHIP CONTRACTUAL AND REVISITING POSSIBILITY OF CONDITIONS BY STATE - JUDGE

**Marcos Antonio Nunes Da Silva
Francisco Cardozo Oliveira**

Resumo

O presente artigo demonstra que as condições contratuais celebradas entre as partes podem ser revistas pelo Judiciário, quando as obrigações se tornarem excessivamente onerosas aos contratantes. Com abrandamento da *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade, signo do liberalismo do século XIX, pode, no caso concreto, ser mitigada pela presença do Estado-Juiz, equilibrando o conteúdo das exigências, a fim de preservar as tratativas existentes, com um novo modelo de cumprimento do conteúdo contratual. Pelo conteúdo doutrinário e decisões proferidas em casos relevantes, demonstrar-se para tal finalidade a aplicabilidade de institutos com a onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão.

Palavras-chave: Revisão contratual, Onerosidade, Imprevisão, *Pacta sunt servanda*

Abstract/Resumen/Résumé

This article demonstrates that the contractual terms agreed between the parties may be reviewed by the Judiciary when obligations become excessively onerous to contractors. With relaxation of *pacta sunt servanda*, the autonomy of the will of the nineteenth century liberalism of the sign may, in the circumstances, be mitigated by the presence of the Judge state, balancing the content of the requirements in order to preserve the existing negotiations, with a new compliance model contractual content. The doctrinal content and decisions in relevant cases, show up for institutos with excessive burden and the theory of unpredictability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contract review, Burden, Improvidence, *Pacta sunt servanda*

BREVE INTROÍTO SOBRE OS CONTRATOS

A noção introdutória aqui mencionada tem por objetivo resgatar pontos básicos, porém necessários à compreensão do tema proposto. Nunca é demais lembrar que o contrato, enquanto instrumento de materialização de direitos, reúne declaração de vontades, com força vinculante tal, que muitas das vezes, não pode ser rompido ou extinto, fora das condições que nele se contém.

Isso ocorre especialmente naqueles contratos em que a bilateralidade é manifesta desde a sua formação, ou seja, há opiniões de ambas partes na construção desta vontade instrumentalizada, motivo pelo qual, a parte não poderia, em tese, regressar ao estado anterior à exaço do seu desejo contratual, sob pena de o infringir. Na mais elementar das definições, contratos são acordos de vontades entre duas ou mais partes, vontades essas que não contrariam a lei. É espécie de negócio jurídico, regulado pela autonomia do querer, o que significa dizer que o contrato é uma auto-regulamentação de interesses privados.

Segundo Fiuza:

“Contrato é o ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.” (FIUZA, 2009. p. 392).

O conceito dado pelo autor permite extrair que o contrato é forma de expressão de negócio jurídico, com cunho econômico patrimonial, e como tal, verte disposições sobre bens disponíveis.

O mesmo autor menciona a importância dessa noção ao acentuar que “tal convenção deve versar sobre matéria de cunho patrimonial, econômico. Deve revestir caráter material, sendo conversível em dinheiro.” (FIUZA, 2009. p. 392).

Segundo Lotufo e Nanni, (2011. p. 23), o “contrato designa instituição imaginária da sociedade, um esquema representativo e um instrumento jurídico construtivo criado e recriado, incessantemente, na relação entre homens e realidade.”

Quando tratou da autonomia da vontade de contratar Maria Estela Leite Gomes recorda que “um dos mais importantes Iluministas, movimento basilar das ideais liberais que se refletiram no Direito oitocentista, foi Immanuel Kant, que propunha que a autonomia do homem em relação ao estado só se poderia conseguir a partir da razão.” (GOMES, 2015, p. 41). Assim, continua a autora, “é a racionalidade humana o elemento primordial ao reconhecimento da força jurígena da vontade, ou seja, da possibilidade de a composição das vontades fazer nascer, modificar ou extinguir direitos.” (GOMES, 2015, p. 41).

Por não menos que o negócio jurídico contratual é reconhecidamente uma fonte de direito, criador de regras, fazendo jus ao adágio que apregoa o fato de realizar verdadeira lei entre as partes.

O contrato se extingue normalmente por sua execução plena. Ocorre a rescisão ou dissolução do contrato quando este termina antes da quitação integral das obrigações contratuais ajustadas.

Ainda, em termos de extinção, pode haver resolução (extinção do contrato por descumprimento) ou resilição (dissolução por vontade bilateral ou unilateral).

Podem ainda encerrar o contrato a morte de uma das partes, em caso de obrigações personalíssimas, a prescrição, a decadência, e a falência, quando condição previamente prevista para tal.

A resilição bilateral (distrato) acontecerá quando as partes formularem novo acordo com finalidade de encerrar contrato anteriormente firmado. Será unilateral quando houver previsão de encerramento do contrato por simples declaração de vontade de uma das partes (tecnicamente chamada de ‘denúncia vazia’).

A resilição pode ser bilateral (distrato, art. 472, CC) ou unilateral (denúncia, art. 473, CC).

A resolução, como dito anteriormente, acontece quando há inadimplemento do contrato. Pode acontecer nas seguintes hipóteses: a) inexecução voluntária, que impossibilita o

cumprimento da prestação por culpa do devedor; b) inexecução involuntária, que impossibilita o cumprimento das obrigações em caso de força maior.

Pode, finalmente, a resolução ser invocada em caso de onerosidade excessiva, ou seja, quando evento extraordinário e imprevisível dificulta o adimplemento de tal forma que altere a equidade entre as partes, tornando o cumprimento da obrigação excessivamente onerosa ao devedor.

Nessa hipótese a obrigação se torna inexequível por um evento que foge à normalidade dos fatos e condições à época da celebração do negócio jurídico, o que implica uma readequação de seus termos e condições, muitas das vezes com necessidade de atuação do Poder Judiciário, para imiscuir-se à relação privada, com ingerência necessária, a ponto de preservar a relação existente, agora sob nova roupagem.

Um exemplo dessa possibilidade de inserção do Estado-Juiz à relação entre particulares pode ser notada no julgamento do Recurso Especial de número 1334034, em que se operou a redução da multa imposta a uma das partes por descumprimento de condição do negócio, mesmo estando ela previamente prevista no instrumento de contrato.

Na decisão, constou que “nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é lícito ao julgador reduzir a multa convencional se evidenciada sua excessividade, ainda que se trate de contrato firmado sob a égide do Código Civil de 1916, desde que cumprida, de modo parcial, a obrigação acordada”. (Brasil, 2016).

No mais das vezes, a força vinculativa contratual é invocada como motivo para impedir ou ao menos tentar atalhar esse desejo de reinterpretação das condições contratuais. Outrossim, em contrapeso, a função social do contrato, presente no artigo 421 do Código Civil pede uma análise social e econômica dos efeitos contratuais quando estatui que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

I – A FORÇA VINCULATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Como dito, o contrato instrumentaliza um acordo recíproco de vontades, e por tal, a imutabilidade por um agente externo, por vezes, seria inconcebível, senão quando oriunda desejado pelos próprios contratantes:

“Da plena vontade de contratar, decorreu o reconhecimento da força obrigatória das convenções, que, por sua vez, haveria de ficar imune às ingerências estatais. A única ressalva à não interferência judicial no domínio do contrato se daria nos casos de aplicação de leis de ordem pública, editadas em defesa do interesse social, naquilo que se apresentasse superior ao interesse privado. Essas leis, entretanto, deveriam ser vistas como *exceção*, de modo a interferir no ambiente da liberdade contratual, de forma mínima e estritamente excepcional. O princípio maior, e a regra geral a prestigiar em grau máximo, era mesmo da autonomia da vontade e da consequente força obrigatória dos contratos.” (JUNIOR, 2012, p. 07).

O aspecto do severo compromisso contratual vem traduzido por Paulo Maximilian como forma da expressão do liberalismo. O autor aponta então que “preceito maior da época liberalista, cominada no clássico postulado *pacta sunt servanda*, em vernáculo, os contratos devem, ser cumpridos. Demonstrava toda rigidez preconizada na teoria contratual do século XIX”. Assim, pontua que “[...] o contrato, como objeto da vontade livre entre das partes, seria estipulado para ser cumprido, possuindo verdadeira força de lei, não podendo sequer o Estado interferir no encontro de vontades de seus cidadãos.” (SCHONBLUM, 2015.p. 21).

A evolução das relações sociais econômicas tem imposto, contudo, uma nova forma de análise da vontade contratual, encerrada em um instrumento ou não, ou seja, verbal ou escrito, para, como se disse alhures, entender que o contrato é também uma forma de manifestação da dignidade da pessoa humana, não podendo, de tal jaez, ser inflexível no conhecimento e aplicação de seu conteúdo.

Desta forma se tem que:

“O contrato é uma necessidade humana, não mais um mero ato de vontade. O que nasce da vontade é um agir racional, pensado, refletido sobre todas as consequências do ato de tal modo que a declaração de vontade obriga. O ato que dele deriva pode e deve ser exigido. Porém, as relações humanas evoluíram de tal modo que o contrato deve merecer uma nova interpretação. Não nasce mais apenas da vontade de agente capaz, mas, muitas vezes, da necessidade de vida em sociedade.” (GOMES, 2015, p. 24).

Ao tratar do aspecto da importância social do contrato, ainda sob viés da dignidade humana, a autora retrata esse papel social dignificador nos seguintes termos:

“O contrato, ainda pilar do direito privado, mostra-se dos institutos jurídicos um dos mais aptos à realização da existência digna, desde que se lhe dê nova função. Não mais a singela função de fazer circular a riqueza e transferir a propriedade, função que não abandona, mas que lhe reconheça a força de favorecer à livre-iniciativa e à dignidade da pessoa humana com vistas à justiça social e ao desenvolvimento nacional, através da livre manifestação da vontade, essa submissa, então, aos interesses fundamentais expressos nos princípios constitucionais, e da conduta ética das partes contratantes.” (GOMES, 2015, p. 25).

Esse desejo notório de flexibilização da *pacta sunservanta*, adágio vigorosamente debatido nas discussões jurídicas, apregoando que os pactos (contratos) devem ser cumpridos em sua inteireza, são mitigados por outras visões, as quais, hodiernamente, dão maximização ao conteúdo e função social do contrato.

O Direito Civil Constitucional também clama, nos artigos 170, e 5º, inciso XXXV e não exime a possibilidade de vindicação de tutela ante uma condição contratual desequilibrada, não equânime, para que se desfaça o indesejável binômio da vantagem exagerada de um ao prejuízo acentuado do outro.

O contrato deve ser visto de forma humanitária: oportunidade de manifestação de vontades e não uma forma de opressão econômica.

Objetivamente o Código de Defesa do Consumidor nos artigos 6º, V e 51, §2º são formas de garantia da revisão ou resolução do contrato excessivamente oneroso. Já o Código Civil o trouxe em momentos variados da legislação, tais quais se faz sentir dos artigos 413, 421, 422, 478 a 480 do mencionado Código.

A tônica atual é que se dê ao contrato uma nítida função social e que essa função seja cumprida e não apenas objetivada em previsibilidade teórica nos instrumentos.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando demandas sobre uma recorrente discussão nos tribunais pátrios quanto à devolução do *valor residual de garantia (VRG)* nos contratos de *leasing*, cuidou de estabelecer premissas acauteladoras da função social dos contratos dessa

natureza, bem como, o impacto econômico das devoluções desses valores, se imposta essa obrigação às instituições financeiras arrendadoras.

A decisão tomada no recurso especial repetitivo da controvérsia de número 1099212, oriundo do Estado do Rio de Janeiro, concluiu que o mencionado valor *residual de garantia (VRG)* deve ser restituído ao cliente quando o resultado da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, descontadas outras despesas existentes na relação contratual.

Importa, contudo, observar que na formação da decisão, o Superior Tribunal de Justiça considerou a análise social e econômica desta medida, então concluindo que:

“Entende-se que assim, observando-se fielmente a finalidade do VRG, possa o arrendamento mercantil ter seu equilíbrio econômico-financeiro resguardado, preservando sua função social como pactuação propícia à proteção da confiança, da boa-fé, pelo estímulo à adimplência e ao cumprimento dos contratos. Como consequência, tem-se a redução dos custos financeiros e do spread bancário, a minoração das taxas de juros e, sobretudo, o incremento da atividade econômica em geral, tudo a bem da construção de uma sociedade em que vigore a livre iniciativa, mas com justiça social.” (Brasil, 2016).

A noção sobre a função social ocupou espaço no cenário jurídico brasileiro desde 1946 quanto à propriedade introduzida na Constituição daquele período, gerando polêmica desde então. A repercussão jurídica ganhou vulto com o Código Civil de 2002, em especial em seu artigo 421, conforme preleciona Tepedino. (TEPEDINO, 2012, p. 01-11).

Ao tratar da teoria geral dos contratos, com ênfase nos contratos empresariais, Márcia Carla e Irineu Galeski com propriedade fundamentaram a possibilidade de influência da função de contratar com a incidência da função social e a redução da margem das vontades externadas nos negócios jurídicos:

“No campo contratual, agora na disciplina geral, mais uma vez é retomado pelo legislador a ideia de função social, como elemento de cerceamento de liberdade de contratar derivada da liberdade de atuação econômica. Tal cerceamento pode aparecer já na atenção dada quando da elaboração de contratos típicos ou atípicos, mas, igualmente, no momento da eficácia contratual, possibilitando a revisão de condições contratadas ou colocando em risco a manutenção do contrato.” (RIBEIRO, 2015, p. 40).

O estudo deste tema, suscitou a existência de três vertentes de pensamento do direito privado brasileiro, para vislumbrar o alcance do instituto. A primeira delas é a de que não há autonomia da função social no ordenamento jurídico. Assim, ela sempre se prende a um diploma jurídico que lhe dê aplicação concreta, tais como “...resolução por onerosidade excessiva (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167)...” (TEPEDINO, 2012, p. 02).

Em um segundo aspecto, a função social é vista como “valor social” a proteger os contratantes contra a lesão provocada por terceiros na relação negocial. A terceira onda deste pensamento vê a função social não pode ter incidência sobre as relações contratuais entabuladas entre as partes “...vez que os interesses restringem-se à esfera privada e patrimonial dos contratantes, não aos interesses extraconcursais socialmente relevantes.” (TEPEDINO, 2012, p. 05).

A função social está vinculada à funcionalidade das estruturas jurídicas e revela o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, dos centros de interesse privado e de todas as relações jurídicas. Assim, há um aspecto que funcionaliza a função social, como aquela que tem a finalidade de definir a posição e poderio dos contratantes no caso concreto e de ser forma de controle da legitimidade e eficácia de determinadas cláusulas contratuais. Na visão do autor, a autonomia privada não pode ser vista como forma inatingível e, merece, portanto, a dinâmica funcional da perseguição de sua função social.

Retornando a Fiuza “não se deve jamais esquecer o caráter dinâmico dos contratos, que são fontes de relações obrigacionais que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço. Sem essa visão de contrato enquanto processo dinâmico, não se poderia falar em função social, e muito menos em função econômica.” (FIUZA, 2002, p. 393).

Neste mesmo sentido, é a constatação de que “não se revogaram os princípios clássicos do direito dos contratos, como o da autonomia da vontade e a força obrigatória, que permaneceram vigentes, mas dentro de um universo jurídico onde teriam de conviver com outros princípios, de elevado sentido ético e social, como o da boa-fé objetiva, o da função social e o do equilíbrio econômico da convenção.” (JUNIOR, 2014, p. 08).

De tal jaez que, na atualidade, se um contrato adere à vontade das partes, certo é que, ainda, ele deverá ter supedâneo no contexto social em que inserido, para aí realizar uma função primordial de preservação de valores éticos, econômicos, sociais, de preservação das boas intenções e práticas benéficas a ambas partes.

Em um cenário econômico em que a maioria dos contratos são celebrados por adesão¹, ou seja, são previamente elaborados e a discussão de seu conteúdo é plenamente reduzida, posto que o contratante simplesmente abraça aderentemente às cláusulas já existentes no instrumento, é de se ver que a preservação desses valores e princípios é de crucial importância para que não haja benefício somente a uma das partes em detrimento da outra. A ideia é de preservação do equilíbrio contratual entre as partes, garantindo-se equivalência entre prestação e contraprestação contratual.²

II. ONEROSIDADE EXCESSIVA E A IMPREVISÃO COMO JUSTIFICATIVA À REVISITAÇÃO DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS

Como já mencionado, até o advento do Código Civil de 2002, o caráter individualista e inflexível dos contratos, maximizado na *pacta sunservanta* era a regra jurídica única e inviolável.

Ainda que os princípios da boa-fé e função social do contrato tenham sido trazidos pela Constituição brasileira promulgada em 1988, não é possível dizer que os mesmos haviam se sobrepostos à liberdade plena de contratar.

¹Sobre contratos de adesão o explicativo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo."

² "As condições gerais do contrato e os contratos de adesão foram soluções encontradas para a circulação jurídica dos bens produzidos em série e em grande escala, conferindo, entre outras, as seguintes vantagens: redução dos custos de celebração e regulamentação dos contratos, transferência de riscos e ônus para consumidores." ALPA. Guido *apud* ROCHA, Sílvio Luis Ferreira. **Contratos de Adesão e Cláusulas Abusivas**. In: **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.p. 352. O Autor, citando Orlando Gomes, na obra "Contratos" trata dos contratos de massa, que, segundo ele "apresentam dois aspectos lógicos e cronológicos diversos. No primeiro, o predisponente elabora o esquema contratual abstrato, redige as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas. São as chamadas condições gerais dos contratos. No segundo, a outra parte adere a esse esquema e origina o chamado contrato de adesão. (destaques do original).

Após o Código Civil de 2002 há uma clara mudança no entendimento sobre a autonomia da vontade, sendo eles, inclusive, previstos de forma explícita na legislação civilista, conforme se observa dos artigos 421 e 422. A liberdade de contratar será, então, exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Também disciplinou sobre o tema o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil (setembro/2002), nos enunciados 21, 22 e 23, todos voltados à temática da função social dos contratos.

Neste contexto de nova roupagem de solução para os contratos, inclusive quando visto seu desequilíbrio em desfavor de uma ou ambas partes, o Código Civil de 2002 trouxe ao extrato jurídico a *quaestio iuris* da resolução contratual por *onerosidade excessiva*, prevista nos arts. 478 e seguintes do Código Civil.

O mesmo Código apresentou escape à resolução contratual quando, no artigo 479, renunciou que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente”, revelando, neste contexto, que se preservou parcela da autonomia privada dos contratantes, em modificar por si as condições contratuais, evitando, assim, a extinção da relação contratual.

Ocorre, contudo, que a parte obrigada a uma prestação contratual, com a incumbência de cumprir tal mister, e estando diante de uma impossibilidade que lhe provoque uma *onerosidade excessiva*, pode pedir (ao Judiciário) a alteração das condições contratuais, para assim dar cabo ao cumprimento das cláusulas do instrumento, conforme previsto no artigo 480 da legislação civil pátria.

O Código deixa espaço para duas possibilidades: as partes resolverem entre si a questão prejudicial da *onerosidade excessiva* (art. 479), ou, ao prejudicado assiste a possibilidade de pedir a intervenção do Estado-Juiz (art. 480).

Para que seja caracterizada a *onerosidade excessiva*, são previstos os seguintes requisitos: a) que os contratos sejam de execução continuada ou sucessiva (contratos a serem cumpridos durante certo período de tempo, continuamente, ou seja, que não tenham execução instantânea); b) que haja acontecimento extraordinário e imprevisível; c) que a prestação torne-se excessivamente onerosa para uma das partes e, portanto, desproporcional; d) que a vantagem exagerada auferida a outra parte gere enriquecimento sem causa. Há de se

considerar, ainda, a possibilidade de contratos afetados pela *onerosidade excessiva* não causarem excessiva vantagem ao credor, mas tão somente tornar o adimplemento extremamente oneroso custoso ao devedor.

Segundo o entendimento da matéria, Nelson Nery e Rosa Maria Nery manifestaram que:

"A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (CC 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (CC 317), mantendo-se o contrato. Esta solução é autorizada pela aplicação, pelo juiz, da cláusula geral da função social do contrato (CC 421) e também da cláusula da boa-fé objetiva (CC 422). O contrato é sempre e, em qualquer circunstância, operação jurídico econômica que visa garantir a ambas as partes o sucesso de suas lícitas pretensões. Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de que se poderia valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outra. Essa ideia de "socialidade" do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que o 'contrato só é bom quando é bom para ambos os contratantes.'" (JUNIOR, NERY; ANDRADE NERY, 2003, pág. 358).

A possibilidade de revisitação ao conteúdo contratual, provocada pela onerosidade não se confunde, de se ver, com a aplicação da *teoria da imprevisão* que também encontra referência no Código Civil de 2002.

A teoria da imprevisão, prevista no Código Civil em seu art. 317 se baseia na cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual entende-se que os termos do contrato devem ser mantidos enquanto perdurarem as relações fáticas do momento em que o mesmo foi estabelecido.

A origem de suas condições remonta ao princípio do século XX, com a cláusula *rebus sic stantibus*:

"Segundo suas origens medievais a possibilidade de revisão do contrato em nome da cláusula *rebus sic stantibus* não contraria a liberdade de contratar, nem a autonomia da vontade exercida pelos contratantes, visto que nos contratos de trato sucessivo sua força ficaria vinculada à conservação da base em que o pacto se deu. Assim, mudanças no primitivo estado de coisas, que não tivessem sido previstas, não teriam sido acobertadas pelo contrato e pela vontade das partes. Logo, a força do contrato não deveria prevalecer em face de semelhantes inovações. Daí a legitimidade de revisão do ajuste ou da resolução do negócio, se inviável ou reequacionamento." (JUNIOR, op. cit. p.09).

No Código Civil nacional, a *teoria da imprevisão* tem aplicação segundo artigo 317 para o qual, “por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

Quando, então, havendo fato superveniente que origine vantagem excessiva para uma das partes enquanto sobre a outra parte recai excessiva onerosidade, tornando o adimplemento da obrigação extremamente gravoso, sem que haja culpa do devedor, visto que a desproporcionalidade tenha sido resultado de fato absolutamente imprevisível, será possível ao devedor requerer a mudança das cláusulas contratuais, visando restabelecer o equilíbrio das prestações.

A *teoria da imprevisão* está intimamente atrelada a situações imprevisíveis, enquanto a onerosidade excessiva, em sua acepção original, apenas requer a ocorrência da mudança da situação fática, causando insuportabilidade no cumprimento da obrigação para uma das partes.

O Superior Tribunal de Justiça já analisou a questão de aplicação da *onerosidade excessiva* e da *teoria da imprevisão* em inúmeros casos em que a incidência da dita teoria é aclamada, em muitas delas negando a aplicação para modificar as condições particularmente travadas.

Interessante a observação de que um mesmo fundamento justificador da causa de pedir da revisional tenha dado ensejo a decisões negatórias ou concessivas de pedidos com conteúdo revisional. É o que ocorre, *v.g.*, com as argumentações a desvalorização do real frente à maxivalorização do dólar americano como indexador das prestações do instrumento de contrato.

Em um primeiro caso, oriundo do recurso especial 1321614 -SP, afastou em contratos atrelados à variação do dólar americano a revisão com fulcro nas hipóteses acima apresentadas. A síntese do julgado comportou o seguinte fundamento:

“Com efeito, na relação contratual, a regra é a observância do princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes e, por conseguinte, impõe ao Estado o dever de não intervir nas relações privadas. Ademais, o princípio da autonomia da vontade confere aos contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, desde que preservada a moral, a ordem pública e os bons costumes, valores que não podem ser derogados pelas partes. Desse modo, a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da

onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometam o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica, tendo em vista, em especial, o disposto nos arts. 317, 478 e 479 do CC. Nesse passo, constitui pressuposto da aplicação das referidas teorias, a teor dos arts. 317 e 478 do CC, como se pode extrair de suas próprias denominações, a existência de um fato imprevisível em contrato de execução diferida, que imponha consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes. A par disso, o histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo País desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a máxidesvalorização do real em face do dólar, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela inexistência de risco objetivo nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária.”³

Por sua vez, em outro aresto, o mesmo Superior Tribunal de Justiça entendeu pela hipótese de aplicação da *teoria da imprevisão*, em caso de impossibilidade de cumprimento de obrigação cujo valor esteja submetido e possa ser onerado pela variação cambial. É que decorre do Recurso em Mandado de Segurança 15.154-PE, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, com a seguinte fundamentação:

“A mudança na política cambial do País, com uma desvalorização acentuada da moeda nacional perante o dólar americano, em janeiro de 1999, impossibilitou o fornecimento, pela recorrente, de softwares originários dos Estados Unidos, nos termos em que homologada a licitação. Assim, havendo um rompimento na equação econômico-financeira do contrato, esse não se iniciou. Logo, não é lícito à Administração exigir da recorrente o pagamento de multa, nem proibi-la de participar de licitações com o serviço público por um período de seis meses, uma vez que se aplica, no caso, a Teoria da Imprevisão, que exonera o contratado de sua responsabilidade. A desvalorização da moeda no ano de 1999 não está inserida nos riscos da atividade comercial, sendo equiparável ao caso fortuito e à força maior.”⁴

A questão é analisada caso a caso. De forma muito prudente os Tribunais pátrios podem ou não adentrar a relação contratual existente entre as partes. A natureza dessa relação

³Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas BôasCueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=teoria+e+imprevis%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Consultado em 22/03/2016..

⁴ Brasil, Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.154-PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/11/2002. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=teoria+e+imprevis%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Consultado em 22/03/2016.

é assaz importante para conjectura dessa possibilidade, se de consumo ou de civil, sendo naquelas muito mais facilmente aplicáveis.

Essa análise acurada tende não deixa lastro à argumentações desprovidas de fundamentos convincentes, como estratégia de utilização do Judiciário para fins de fuga ao cumprimento das condições contratuais. Contudo, demonstra que o Estado-Juiz não está amplamente distante dos negócios privados, podendo neles adentrar para um equilíbrio e paridade, sempre que as situações fáticas revelarem essa necessidade.

CONCLUSÃO

O enredo desse estudo permitiu encarar discussão sobre a possibilidade do Estado-Juiz imbuído do poder/função que lhe assiste, adentrar às relações jurídica contratuais privadas para estabelecer a ordem necessária e equilibrada das relações contratuais celebradas entre os contratantes.

De um lado, viu-se que a autonomia contratual não pode ser utilizada como manto para encobrir e afastar possibilidade de revisão das condições do pacto, mediante, por exemplo, da constatação da onerosidade excessiva e a necessidade de aplicação da teoria da imprevisão.

Para que seja possível a intervenção estatal nos casos em que se apresentam a onerosidade excessiva ou a teoria da imprevisão, apontou-se em resumo que: a) O contrato deve ser de execução futura, ou seja, deve ser daqueles que se celebrem no presente para se executarem no futuro; b) deve ocorrer alteração das condições ambientes, principalmente das econômicas, no momento da execução do contrato; c) tal alteração deve ser imprevisível. A imprevisibilidade poderá ser mais ou menos radical, segundo a tese que se abraça; d) a adversidade deve acarretar onerosidade para uma das partes. Também a onerosidade pode ser mais ou menos excessiva. O que é excessivo para alguém pode não ser para outra pessoa. Esse elemento deve ser analisado com cuidado, uma vez que é sempre muito relativo; e) finalmente, o contrato deve ser pré-estimado, ou seja, a prestação de cada uma das partes deve ser previamente conhecida.

Da mesma forma, contudo, que seja recordado que a possibilidade de revisão contratual, por motivos aqui já explanados não pode ser aplicada indiscriminadamente, sendo a análise feita de acordo com cada caso concreto. Mesmos fundamentos podem dar ensejo a posturas diferentes do Poder Judiciário, evidenciando-se que a revisão das condições contratuais não se opera automaticamente, senão pendem da análise das condições e modificação dessas mesmas condições em cada momento fático das negociações e posteriores cumprimentos das obrigações decorrentes dos pactos celebrados.

REFERÊNCIAS

____Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1334034. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Terceira-Turma-nega-recurso-%C3%A0-Petrobras-e-mant%C3%A9m-redu%C3%A7%C3%A3o-de-multa-a-posto. Acessado em 21/03/2016.

____Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1099212. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2714022%27>. Consultado em 15/03/2016

____Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas BôasCueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=teoria+e+imprevis%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Consultado em 22/03/2016.

____Brasil, Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.154-PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/11/2002. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=teoria+e+imprevis%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Consultado em 22/03/2016.

ALPA. Guido *apud* ROCHA, Sílvio Luis Ferreira. **Contratos de Adesão e Cláusulas Abusivas**. In: **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

FIUZA, César. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Maria Estela Leite. **Contratos empresariais: princípios, função social e análise econômica do direito**. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **O contrato de empreitada por preço global e teoria da imprevisão**. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Vol. 47 MAR/ABR 2012. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). Porto Alegre: Editora Magister, 2012.

JUNIOR, NERY; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015