

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

João Luís Zaratín Lotufo

Os Reflexos da Onerosidade Excessiva nas Relações Contratuais

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2015**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

João Luís Zaratín Lotufo

Os Reflexos da Onerosidade Excessiva nas Relações Contratuais

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto.

**SÃO PAULO
2015**

BANCA EXAMINADORA

Diga-me, eu esquecerei. Ensina-me e eu poderei lembrar. Envolve-me e eu aprenderei.

Benjamin Franklin

RESUMO

A dissertação tem como objeto o estudo das vicissitudes decorrentes do tempo nas relações contratuais, suficientes para romper o equilíbrio contratual e onerar excessivamente a prestação de uma das partes, de maneira a dificultar sobremaneira o seu cumprimento. A compreensão do instituto exige o estudo prévio dos diplomas que marcaram época e arraigaram suas raízes no Código Civil brasileiro de 2002, influenciando o legislador pátrio na positivação da onerosidade excessiva. Os Códigos Civis da França, da Alemanha e da Itália são abordados de forma mais enfática, considerando a influência direta sobre o Código brasileiro. A evolução histórica requer o estudo das diferentes teorias que trataram da superveniência nas relações contratuais, permitindo a discussão doutrinária e formulação da teoria da onerosidade excessiva, iniciando com a Cláusula *rebus sic stantibus*, passando pelas Teorias da Pressuposição, Base do Negócio e Imprevisão. Adentrando na análise do instituto da onerosidade excessiva, serão analisados os pressupostos explícitos e implícitos exigidos pelo sistema para a sua configuração e abertura de possibilidade da resolução e da revisão do contrato. Ao final, serão analisados os reflexos da onerosidade excessiva nas relações negociais, bem como os deveres e direitos das partes envolvidas para a consecução do resultado mais adequado.

Palavras-chave: Contrato. Onerosidade Excessiva. Renegociação. Revisão. Resolução

ABSTRACT

The dissertation object is the study of the vicissitudes as a result of time in contractual relations, enough to break the contractual balance and overly encumber the provision of a party, in order to greatly hinder its fulfillment. The interpretation of the instrument requires the study of important prior diplomas and its root in the Brazilian Civil Code of 2002, influencing the legislator in the positivation of the theory of excessive burden of contract. Civil Codes of France, Germany and Italy are discussed more emphatically considering the direct influence on the Brazilian Code. The historical development requires the study of different theories that have addressed the occurrence of contractual relations, allowing doctrinal discussion and formulation of the theory of excessive burden, starting with the *rebus sic stantibus* clause, through other contractual theories. Entering the analysis of the Institute of excessive burden of contract, will be considered the explicit and implicit presuppositions required by the system to its configuration and opening the possibility of contract's resolution and alteration. At the end, the effects of excessive burden on business relationships will be analyzed as well as the duties and rights of the parties involved to achieve the most appropriate result.

Key-words: Contract. Post-onerously. Renegotiation. Review. Resolution.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: O CAMINHO PARA A POSITIVAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	12
1.1. O DESENVOLVIMENTO DOS CÓDIGOS CIVIS E A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	13
1.1.1. O CÓDIGO DE NAPOLEÃO E A TÉCNICA LEGISLATIVA DA CASUÍSTICA: UMA TENTATIVA DE IGUALDADE FORMAL ENTRE OS CONTRATANTES	16
1.1.2. O BGB E O LEGADO DA BOA-FÉ OBJETIVA, DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS JURÍDICOS VAGOS	21
1.1.3. O CÓDIGO CIVIL ITALIANO E A PREVISÃO EXPRESSA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	24
1.1.4. A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E O PARADIGMA ITALIANO	27
1.1.5. OS REMÉDIOS PARA A SUPERVENIÊNCIA EM OUTROS PAÍSES	34
2. A REVISÃO E A RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS E OS DIFERENTES TRATAMENTOS TEÓRICOS	40
2.1. CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	42
2.2. TEORIA DA PRESSUPOSIÇÃO E DA BASE DO NEGÓCIO	47
2.3. TEORIA DA IMPREVISÃO	54
3. ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL: A REVISÃO DO CONTRATO	58
4. ONEROSIDADE EXCESSIVA	64

4.1. ORIGEM	68
4.2. PRESSUPOSTOS	73
4.2.1. TIPOS CONTRATUAIS.....	74
4.2.2. CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DIFERIDA: O TEMPO COMO FATOR PREPONDERANTE	76
4.2.3. NÃO IMPUTABILIDADE PELO EVENTO SUPERVENIENTE E CULPA PELO ATRASO.....	82
4.2.4. ONEROSIDADE EXCESSIVA	85
4.2.5. EXTREMA VANTAGEM.....	89
4.2.6. ALEA NORMAL E CONTRATOS ALEATORIOS	91
4.2.7. EVENTO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL	94
4.3. FUNDAMENTO DO INSTITUTO	102
5. REFLEXOS.....	110
5.1. RESOLUÇÃO	111
5.2. A BOA-FÉ E O DEVER DE RENEGOCIAR.....	113
5.3. O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: A POSSIBILIDADE DO PEDIDO JUDICIAL DE REVISÃO	116
6. CONCLUSÃO.....	118
BIBLIOGRAFIA	122

INTRODUÇÃO

A atual dinâmica do tráfico jurídico tem sido cada vez mais permeada pelos contratos de execução diferida ou continuada, os chamados contratos de duração, cujas prestações têm o seu cumprimento fixado para momento além-conclusão ou de forma protraída no tempo.

É justamente o hiato entre a conclusão e a execução do contrato que dá ensejo às questões conflituosas, abrindo margem aos fatos supervenientes capazes de tornar a prestação de uma das partes excessivamente onerosa a ponto de desequilibrar sobremaneira a relação negocial estabelecida entre os contraentes.

No intuito de justamente remediar os negócios jurídicos entre particulares que venham a se tornar excessivamente onerosos, o legislador brasileiro se valeu do paradigma italiano e positivou a possibilidade de resolução e de revisão contratual, conforme se depreende dos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil.

Referidos dispositivos do Código Civil brasileiro de 2002 não tinham correspondentes no Código Civil de 1916, valendo-se o legislador brasileiro da reprodução dos artigos 1467 e 1468 do Código Civil italiano de 1942.

A compreensão do instituto da onerosidade excessiva, no entanto, exige um estudo histórico sobre a evolução legislativa do próprio contrato e os diferentes tratamentos atribuídos à sua flexibilização.

O contrato esteve sempre presente nas relações negociais, ainda que na ausência de regulação específica. Contudo, com o desenvolvimento promovido pelas nações regidas pelo sistema romano-germânico, em especial os países da Europa, nos séculos XVII e XVIII tiveram início as consolidações de leis, abrindo caminho para a elaboração dos primeiros Códigos com tratamento de matérias específicas.

Surgem, então, as primeiras codificações, com especial atenção para o Código de Napoleão (Código Civil francês), promulgado no período final da Revolução Francesa, em 21 de março de 1804, ao lado dos Códigos de Processo Civil, Comercial, Penal e de Instrução Criminal.

O Código de Napoleão surge como referência, encharcado pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Tinha como intuito conciliar as conquistas civis e políticas da burguesia, conferindo a esta camada da sociedade maior segurança jurídica nas relações negociais, em especial na circulação de bens e aquisição de propriedades. Foi marcado pela técnica legislativa da casuística e por aplicar tratamento formal igualitário aos contratantes, abrindo caminho para situações inesperadas.

Praticamente um século mais tarde, o Código Civil da Alemanha (BGB) vem superar o Código de Napoleão. Com sistematização diferenciada e técnica legislativa mais apurada, passou a ser referência para as demais codificações, em especial pela introdução das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos vagos.

Seguindo a técnica legislativa alemã, mas persistindo com alguns traços do Código de Napoleão, em 1942 entra em vigor o Código Civil da Itália. Fazendo amplo uso das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos vagos, introduz de forma expressa a possibilidade de resolução dos contratos em razão da onerosidade excessiva.

Em substituição ao Código Civil de 1916, o legislador brasileiro promulga, em 2002, o Novo Código Civil. Adotou quase que totalmente a redação dos artigos 1467 e 1468 do Código Civil italiano, referentes à resolução e à revisão por onerosidade excessiva, ajustando, porém, com algum acréscimo e omissões.

Consolidada a norma sobre a resolução e a revisão dos contratos, a doutrina brasileira passou a se debruçar sobre a teoria. Alguns justificam o instituto com base na cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto para outros doutrinadores seria a nova roupagem da teoria da imprevisão. Mostra-se, assim, relevante o estudo das diferentes teorias que trataram da superveniência nas relações negociais, com especial atenção para a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da pressuposição, a teoria da base do negócio e a teoria da imprevisão, não por acaso desenvolvidas pelos doutrinadores franceses e alemães.

A cláusula *rebus sic stantibus* é a teoria que primeiro foi desenvolvida, sendo também a que primeiro se assemelha ao instituto da onerosidade excessiva. Sua aplicação data da Idade Média, sendo desenvolvida a partir do início do século XI, com os Glosadores da famosa escola de Bolonha. A cláusula em si surge com as contribuições dos canonistas e pós-glosadores dos

séculos XIV, XV e XVI. Admitida por muito tempo, entrou em declínio justamente com a relevância atribuída ao Código de Napoleão que, por sua vez, privilegiava o aspecto voluntarista do contrato e o princípio *pacta sunt servanda*. No entanto, a cláusula volta ser adotada a partir do século XX pela jurisprudência, em razão do declínio do sistema capitalista e do individualismo, dando azo aos ideais sociais.

Em paralelo ao declínio da cláusula *rebus sic stantibus*, os alemães da Pandectística passam a desenvolver a teoria da pressuposição, idealizada por Bernhard Windscheid. Aplicando especial relevo à vontade humana, a teoria foi muito criticada, sendo superada pela teoria da base do negócio. Karl Larenz foi responsável por desenvolver os sentidos subjetivo e objetivo da teoria da base, de forma a permitir a readequação do equilíbrio contratual, sem se apegar ao aspecto da imprevisibilidade.

No entanto, em decorrência da Primeira Guerra Mundial, o Conselho de Estado da França, em 1916, admitiu pela primeira vez a revisão de um contrato administrativo de serviço público em razão da alta do preço ocasionada pelos reflexos imprevisíveis da guerra, abrindo caminho para a promulgação da famosa Lei *Faillot* e o desenvolvimento da teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão parece ter sido acolhida pelo legislador brasileiro do Código Civil de 2002, em especial quando se analisa os aspectos dos artigos 317 e 478.

O artigo 317 do Código Civil trata expressamente da correção do valor da prestação, quando alterado em razão de motivos imprevisíveis. Em que pese a maioria da doutrina seja concorde em relação à adoção da teoria da imprevisão, muito se discute sobre a extensão da aplicação, em especial da restrição às obrigações de pagamento em dinheiro e à correção monetária.

Por sua vez, o artigo 478 trata propriamente da onerosidade excessiva, acolhendo o paradigma italiano. Em que pese tenha adotado a teoria da imprevisão como um de seus pressupostos, a verificação da onerosidade excessiva é muito mais restrita, pois exige o concurso de diversos requisitos explícitos e implícitos.

O dispositivo do artigo 478 exige para a configuração da onerosidade excessiva, além do contrato de duração, que o agravamento da prestação se dê em razão de fato imprevisível e extraordinário, acarretando em vantagem extrema para a outra parte.

A doutrina e a jurisprudência entendem que além dos requisitos explícitos do dispositivo legal, outros mais são necessários para que a parte lesada tenha direito ao uso do remédio. Destacam-se a álea comum do contrato, a culpa pelo fato superveniente e o estado de mora quando do acontecimento.

Uma vez observados todos os requisitos e pressupostos necessários, é preciso que se compreenda o fundamento do instituto, ou seja, a razão pela qual o legislador entende possível a resolução do contrato.

Uma vez compreendido o fundamento, cumpre estudar as diferentes frentes que podem ser adotadas para solucionar a superveniência, em consonância com os ditames atuais relativos aos negócios jurídicos, em especial aos contratos privados.

1. ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: O CAMINHO PARA A POSITIVAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

O contrato é o instrumento pelo qual os indivíduos realizam de forma pacífica as transações e o tráfico jurídico, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas do consenso mútuo¹, sendo, em regra², irrelevante a posição social que ocupa o destinatário das suas disposições.³

Atualmente, a regulação do instituto do contrato está contida no Código Civil brasileiro de 2002, com tratamento particular no Livro Especial (art. 421 e seguintes). A questão da superveniência está contida no capítulo da extinção do contrato, com especial atenção para a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva prevista nos artigos 478, 479 e 480, razão do presente estudo.

Longo foi o caminho legislativo percorrido mundo a fora para se alcançar um parâmetro legal sobre a configuração do instituto da onerosidade excessiva, de forma a instrumentalizar a parte extremamente prejudicada por evento superveniente e permiti-la readequar a relação negocial ou, até mesmo, afastar os seus efeitos.

A positivação do instituto da onerosidade excessiva no direito pátrio decorre da influência dos códigos civis estrangeiros, indiretamente dos Códigos francês e alemão, e

¹ LÔBO, Paulo. Direito civil : contratos. – São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 15.

² O presente trabalho tem o escopo de analisar a superveniência da onerosidade excessiva nas relações contratuais de direito privado, partindo da premissa geral de igualdade entre os contratantes, fato que nem sempre se verifica no âmbito do direito do consumidor e do direito administrativo. Sobre o direito do consumidor: “E, nessa normatização, inúmeras são as hipóteses de proteção da situação de intrínseca vulnerabilidade do consumidor, que servem, justamente, a garantir-lhe a igualdade que, do ponto de vista material, inexistente, por princípio, na relação de imposição que lhe é feita das condições gerais do ajuste”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato : os novos princípios contratuais. – São Paulo : Saraiva, 2004. Pág. 157; Sobre os contratos administrativos: “A doutrina publicística afirma que nos contratos com a administração esta pode alterar unilateralmente as regras pactuadas, desde que com suporte legal e vise à satisfação do interesse público, o que excepcionaria um princípio básico dos contratos, ou seja, o princípio *pacta sunt servanda*, mas, resslava preservado o direito à imutabilidade da equação econômica.”. LOTUFO, Renan. Revisão do contrato de empreitada de obra pública *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série – Ano 16 – vol. 31 – jan.-jun. / 2013; coordenação Elias Farah. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 190.

³ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pág. 04.

diretamente do Código Civil italiano de 1942, não por acaso os diplomas civis de maior significado no campo da Ciência Jurídica universal.⁴

O Código Civil francês surgiu no século XIX revolucionando o direito privado como um todo e colocando em destaque a propriedade, que por sua vez trazia como suporte o instituto do contrato. Posteriormente, o Código Civil alemão, em vigor no século XX, traz um aprimoramento sistemático e legislativo, abrindo novos caminhos ao *civil law*. Aprimorando e aproveitando os aspectos mais funcionais dos diplomas francês e alemão, o Código Civil italiano de 1942 surge também como referência para o legislador brasileiro, que praticamente reproduziu o artigo 1467 do código italiano no artigo 478 do Código Civil brasileiro.

Busca-se, assim, neste primeiro momento, uma análise prévia da evolução legislativa do instituto do contrato e a respectiva flexibilização nos Códigos Civis que notadamente influenciaram o legislador brasileiro, especialmente no que diz respeito à resolução e à revisão do contrato com base na onerosidade excessiva.

1.1. O DESENVOLVIMENTO DOS CÓDIGOS CIVIS E A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

No direito privado, a ideia de código está intimamente associada a Napoleão, responsável por revolucionar o direito positivo na França, com destaque para o próprio Código Civil, também conhecido como *Code Napoléon*.

Porém, o estudo histórico mostra que a ideia de código é muito anterior à Revolução Francesa, ou seja, à promulgação do Código de Napoleão, sendo o termo *codex* de origem romana para designar a união material de vários elementos antes dispersos. Segundo John Gilissen, os códigos mais antigos são os de Teodósio (438) e de Justiniano (529 e 534). Anteriormente a estes, no período pré-romano de direito, algumas compilações foram adjetivadas pelos historiadores como códigos, apesar do caráter e extensão não tão relevantes quanto o das

⁴ INFANTE, Carlos Melon. Código civil alemán – Apêndice in ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. – Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1955. Pág. IX.

codificações romanas, como, por exemplo, o código de Ur-Nammu, o código de Hamurabi, o código Hitita, o código sacerdotal dos Hebreus e a Lei das XII Tábuas.⁵

O que modernamente conhecemos por Código é fruto do desenvolvimento levado a cabo pelas nações regidas pelo sistema romano-germânico (*civil law*), que pouco a pouco foram dando corpo e sistematização aos respectivos diplomas, em especial os países da Europa, com destaque para França e Alemanha.

Nos séculos XVII e XVIII foram promulgadas diversas consolidações de leis, equivocadamente qualificadas como códigos, que eram, em verdade, fontes de cognição que serviam para uma consulta mais prática e rápida do direito então vigente. Tais consolidações eram coleções de leis que simplificavam um material já existente, e tinham uma estrutura sem autonomia e sem base criativa.

Dentre os compêndios qualificados como códigos, destacam-se o *Code Henri IV* de 1603, na França, como uma compilação do direito Justiniano sobre as leis do Príncipe; o *Codex Austriacus*, na Áustria, como um apanhado de leis promulgadas por Ferdinando I e publicadas durante o reinado de Leopoldo I, com atualizações até 1740 e reordenadas por Maria Teresa até 1770; na Itália, no Granducato da Toscana, o *Codice della Toscana* que compreendia a coleção das leis granducais do período lorenense de 1737 a 1787; e em Piemonte, a *Costituzione Piemontese* de Vittorio Amedeo II.⁶

No entanto, tais compêndios de leis refletiam a tendência da análise estruturalista da época, de certa forma alheia à própria funcionalidade do direito.⁷ Não havia uma sistematização

⁵ GILISSEN, John. Introdução histórica do direito. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. Pág. 449

⁶ LA TORRE, Antonio. Diritto Civile e Codificazione. – Milano: Guiffre Editore, 2006. Pág.14/15

⁷ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função : novos estudos da teoria do direito / Norberto Bobbio ; tradução de Daniela Beccaccia Versiani ; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. – Barueri, SP : Manole, 2007. Pág. 54. Neste sentido, destaca o autor: “Sem fazer concessões a rótulos, sempre perigosos por mais úteis que sejam, acredito ser possível afirmar com certa tranquilidade que, no seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional. Herbert L. A., autor da obra de teoria do direito que alcançou os maiores consensos aquém e além do Oceano Atlântico nos últimos anos, parte de uma análise das carências funcionais dos ordenamentos primitivos para culminar em uma determinação de conceito de direito – o ordenamento jurídico é um composto de normas primárias e secundárias -, no qual o estruturalismo celebra os seus próprios triunfos.”

que permitisse o tratamento de matérias específicas, como, por exemplo, o próprio direito civil e, em especial, o direito dos contratos.

A reflexão atual é de que não há que se confundir codificação com compilação, de sorte que esta implica sempre em um conjunto de fontes, submetido a determinada ordenação, podendo ser envolvente e mesmo total.⁸ Segundo António Menezes Cordeiro, os diplomas civis modernos são os únicos que merecem o título de “codificações”, pois são fruto da Ciência do Direito que atingiu um nível suficiente a possibilitar as respectivas confecções, o que se deu em razão da sobrevivência das condições sociopolíticas.⁹

A análise histórica permite concluir que, com o passar do tempo, as técnicas legislativas foram evoluindo, partindo para estruturas mais funcionais e harmônicas, surgindo os códigos propriamente ditos e nos formatos hoje aplicados, tidos como uma fonte (da ordem de lei ordinária) que contém um conjunto de proposições prescritivas reunidas de modo coerente e sistemático com o fim de disciplinar um determinado setor de forma tendencialmente completa.¹⁰

Começaram, então, a surgir os Códigos Civis na tentativa de regulação específica das relações privadas. Antonio La Torre aponta que foi justamente na passagem do século XVIII para o século XIX que teve início na Europa a era da codificação, no direito civil em específico, destacando como o primeiro a surgir o Código da Prússia (*Allgemeines Landrecht*), em 1794; seguido pelo Código Napoleão de 1804; e depois pela Áustria (*Allgemeines Burgherliches Gesetzbuch*), em 1811.¹¹

Os primeiros movimentos na formação dos Códigos Civis se deram, principalmente, com influência do Iluminismo (*Aufklärung*) e da Revolução Francesa¹², em específico no período pós-revolucionário de ascensão de um governo unificado a partir de Napoleão, quando foi

⁸ CORDEIRO, António Mezes in CANARIS. Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro, 2ª edição. – Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1996. Pág. LXXXIV/LXXXV

⁹ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português, I. Parte Geral, Tomo I. 3ª Edição aumentada e revisada. – Cimbra: Almedina, 2005. Pág. 73

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. Manuale di diritto civile. 6ª edizione ampiamente riveduta ed aggiornata. – Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007. Pág. 29

¹¹ LA TORRE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 18/19

¹² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P.173/9

promulgado o Código Civil francês em 21 de março de 1804, posteriormente rebatizado de *Code Napoléon* em 09 de setembro de 1807.¹³

As codificações civis de maior destaque, as quais inclusive serviram de base para os Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002, foram o Código de Napoleão e o Código Civil alemão (BGB), diplomas marcados por estruturas diversas. Enquanto o Código francês é composto por livros estanques, o Código alemão recebeu uma divisão orgânica composta por Parte Geral e Parte Especial.¹⁴ O Código Civil italiano de 1942 também aparece com destaque no cenário internacional.

No tocante à onerosidade excessiva em específico, da leitura do artigo 478 do Código Civil brasileiro atual observa-se a reprodução quase que literal do artigo 1467 do Código Civil italiano, porém com alguns ajustes que serão analisados mais a diante.

Assim, considerando a importância e influência destes diplomas francês, alemão e italiano sobre o Código Civil brasileiro e, em especial, sobre a positivação da resolução por onerosidade excessiva superveniente, passa-se a uma breve análise de cada um deles, seguindo a ordem cronológica.

Por fim, considerando o paradigma italiano da onerosidade excessiva e a sua influência não apenas no território pátrio, mas também em outros países europeus e latino-americanos, traça-se uma simples comparação com os dispositivos contidos em alguns Códigos estrangeiros.

1.1.1. O CÓDIGO DE NAPOLEÃO E A TÉCNICA LEGISLATIVA DA CASUÍSTICA: UMA TENTATIVA DE IGUALDADE FORMAL ENTRE OS CONTRATANTES

Durante o período do chamado Antigo Regime, a França viveu uma fase de extrema desigualdade social, isso porque classificava e dividia a sociedade em três Ordens (Estados), sendo elas: o Clero (Primeiro Estado), a Nobreza (Segundo Estado) e o Povo (Terceiro Estado),

¹³ LOTUFO, Renan. A codificação: o código civil de 2002 *in* Teoria geral do direito civil / Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores. - - São Paulo: Atlas, 2008. Pág.84

¹⁴ LOTUFO, Renan. Código civil comentado : parte geral (arts. 1º a 232), volume 1 / Renan Lotufo. – 2. ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 2004. Pág. 01

cada qual regida por leis próprias, o que obviamente legitimava privilégios às camadas superiores (Primeiro e Segundo Estados) e, conseqüentemente, abusos contra as classes inferiores, notadamente os burgueses e os camponeses.

Diante da desigualdade e dos efeitos nefastos que imperavam em todo território, em 1789 eclodiu a Revolução Francesa, de sorte que dentre os alvos dos revolucionários estavam as questões legislativas, sobretudo para suprimir os privilégios, as imunidades e os direitos feudais. Paralelamente, os camponeses lutavam por direitos básicos, sendo os principais a propriedade e o direito de contratar.

No desenvolvimento da Revolução, em 1799, Napoleão ascende ao poder e, num dos mais notáveis esforços de sistematização de regras jurídicas, confere à França um conjunto de códigos para regular as diferentes matérias, promulgando de uma só vez os seguintes diplomas: Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Código Penal e Código de Instrução Criminal.¹⁵

O Código Civil foi promulgado com o intuito de conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução e de promover a estabilidade econômica e social, com base na família e na propriedade, abolindo os direitos feudais e garantindo a liberdade civil de todos os cidadãos, inclusive para contratar e adquirir propriedades.¹⁶ Portanto, a princípio, foram garantidos os interesses e os anseios dos burgueses que buscavam novas formas de organização econômico-sociais.¹⁷

O Código de Napoleão, por influência de sua época, adotou a técnica legislativa da casuística, pela qual o legislador fixa, da maneira mais completa possível, os critérios para aplicação de certa qualificação aos fatos.¹⁸ A pretensão do legislador naquele momento era tipificar todas as situações jurídicas privadas juridicamente relevantes, de modo a assegurar previsibilidade às decisões judiciais. Ocorre que a adoção da casuística deixava pouca ou nenhuma margem de interpretação ao operador do direito, limitando o intérprete ao aspecto

¹⁵ GILISSEN, John. Ob. Cit. Pág. 448

¹⁶ Idem. Pág. 454

¹⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil. – São Paulo : Editora Método, 2002. Pág. 32.

¹⁸ LOTUFO, Renan. Ob. Cit. Pág. 297

gramatical e sistemático das disposições do Código¹⁹, restando ao juiz apenas apontar a subsunção do fato à norma.

A técnica adotada pelo Código de Napoleão procurou confortar a burguesia, afastando a insegurança das decisões por meio de um sistema que garantisse o direito dos cidadãos e não permitisse divagações pelos juízes. Daí surgiu a famosa expressão de Montesquieu de que o “juiz é a boca da lei” (*bouche de la loi*). Formava-se, assim, a escola da Exegese que resumia a tarefa do jurista à unificação dos juízos normativos e ao esclarecimento de seus fundamentos, limitando o direito à literalidade da lei.²⁰

À época entendia-se que era possível estabelecer uma igualdade formal entre os cidadãos, de sorte a prever e regular todas as situações e todos os acontecimentos, abarcando-os no Código Civil, ou seja, um sistema fechado em si mesmo. A ideia principal era de equilíbrio nas relações jurídicas, em especial no âmbito do contrato e da propriedade, independentemente da condição social das partes.

O contrato foi disciplinado no livro terceiro do Código Civil francês, que trata sobre os “diversos modos de aquisição da propriedade”, demonstrando que o instituto do contrato possuía certa subordinação à propriedade. O intuito do legislador era de possibilitar a transferência de riqueza do clero e da nobreza para a burguesia, ou seja, a circulação de riquezas (propriedade), sem lesões graves, com base num instrumento jurídico (contrato) que garantisse certas prerrogativas.²¹

A base da teoria geral dos contratos no Código de Napoleão foi pautada sobre a liberdade de contratar, fundada na igualdade de condições das partes, às quais passaram a ser garantidos o direito de propriedade (aquisição) e a livre disposição dos bens, de sorte que, na condição de cidadãos livres, tornou-se possível criar, modificar e extinguir direitos através da contratação.

¹⁹ DE CICCIO, Claudio. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. – 4 ed. – São Paulo : Saraiva, 2009. Pág. 186/187

²⁰ MANGONE, Kátia Aparecida. Cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados e os princípios regentes do processo civil: ampliação dos poderes do juiz? Impactos no sistema recursal *in* Impactos processuais do direito civil / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo : Saraiva, 2008. Pág. 03

²¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Ob. Cit. Pág. 32/33.

Com a permeação dos ideais revolucionários, na busca de promover a liberdade e afastar o Estado das relações privadas, a igualdade formal e contratual exigia que o juiz se abstinisse de interferir na livre escolha dos contratantes particulares.²²

Os contratos pactuados entre as partes eram dotados de rigidez, não sendo possível a revisão ou a própria resolução. Este parece ser o ponto crucial da história em relação à positivação do contrato e às dificuldades advindas da superveniência.

O que se teve foi que, após a promulgação do Código Civil francês, a dinâmica da sociedade se mostrou distinta daquela imaginada pelo legislador, de sorte que algumas situações não encontravam respaldo legal para serem julgadas ou alteradas. Surgiam as lacunas, a insegurança e as relações jurídicas desequilibradas, decorrentes da rigidez do sistema de direito privado fechado e das relações contratuais imutáveis. Segundo Arruda Alvim, “o contrato deixou de ficar estritamente atrelado ao *interesse individual* do contratante, dado que, formado dentro de um ambiente de quase absoluta liberdade, *fortaleceu o forte e prejudicou o fraco.*”²³

Conforme destaca Pietro Perlingieri, é no momento de transição ou de brusca passagem de uma filosofia de vida a outra que surgem as contradições, observadas não apenas no âmbito da sociedade, mas também nas próprias proposições normativas.²⁴ Foi com a passagem do direito jurisprudencial da idade intermediária ao direito positivo das modernas codificações que emergiu a problemática das lacunas do ordenamento jurídico.²⁵

A conclusão é que na prática a técnica legislativa da casuística implementada pelos franceses não se mostrou suficientemente completa e eficiente, implicando no aparecimento de lacunas para determinados casos, os quais não se subsumiam aos tipos legais pré-determinados ou não permitiam alteração da situação superveniente pelo juiz, trazendo desigualdades no plano fático, em especial nas relações contratuais.

²² NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Contrato verbal de consumo./ Curitiba: Juruá, 2002. Pág. 35.

²³ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Código Civil *in* Simpósio sobre o novo Código Civil Brasileiro. – São Paulo, Ed. Método, 2003. Pág. 60.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. Pág. 177/178

²⁵ LA TORRE, Antonio. Ob. cit. Pág. 27/28

Observou-se que a igualdade formal entre os contratantes trouxe desequilíbrio nas relações que se travaram na vida real²⁶, pois a interpretação do artigo 1.134 do Código de Napoleão era a de que o contrato criava lei especial entre as partes, devendo ser cumprido com base no princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato deveria ser cumprido independentemente da alteração das circunstâncias. O dispositivo do Código francês era a base interpretativa para a não aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, restando às partes, portanto, cumprir os contratos independentemente das situações supervenientes que viessem a tornar as respectivas obrigações extremamente onerosas.

António Menezes Cordeiro ressalta que muitos foram os casos em que se negou a revisão dos contratos que haviam sofrido desequilíbrio superveniente à respectiva conclusão, destacando o autor lusitano o julgamento da Corte de Cassação, ocorrido em 06 de março de 1876, no qual restou estabelecido que em caso algum o juiz poderia tomar em consideração o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções entre as partes e as substituir por novas, considerando que foram cláusulas livremente pactuadas pelas partes.²⁷

O impasse sobre a impossibilidade da flexibilização contratual extrapolou o território francês, considerando que o Código de Napoleão serviu de base para os legisladores de diversos outros países, inclusive, por exemplo, os elaboradores do Código Civil brasileiro de 1916.

Passou-se, então, a exigir algo diferente do legislador, uma técnica mais apurada que permitisse que a lei, de certa forma estática, acompanhasse a evolução da sociedade e, conseqüentemente, fornecesse ao intérprete de tempos vindouros uma possibilidade de

²⁶ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007. Pág. 08. “A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.”

²⁷ CORDEIRO. António Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984. Pág. 955/958. Neste sentido, Arruda Alvim aponta: “Ora, se o juiz não podia interpretar, ao menos, com espaço e a “liberdade” com que, crescentemente, lhe veio sendo reconhecida como socialmente legítima, e, se de um modo geral, a linguagem da lei era a de utilizar-se de elementos definitórios exaurientes da realidade definida, em pontos-chave do sistema, sem cláusulas gerais em setores significativos, encontrava-se assim dominada a magistratura pela lei.”. ALVIM, Arruda. Ob. Cit. Pág. 61.

enquadramento das novas situações e dos novos fatos jurídicos relevantes, bem como a possibilidade de relativização dos negócios jurídicos.

O Código de Napoleão permaneceu como modelo durante praticamente um século, sendo a sua difusão superada pelo BGB, Código Civil alemão, promulgado cerca de um século mais tarde, permitindo a superação do princípio *pacta sunt servanda* com dispositivos mais abstratos e não tão rígidos como os do código francês.

1.1.2. O BGB E O LEGADO DA BOA-FÉ OBJETIVA, DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS JURÍDICOS VAGOS

Aprovado em 18 de agosto de 1896, no ano de 1900 entra em vigor o BGB, Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), com um modelo esquemático dividido em uma “parte geral” e uma “parte especial”.

Antônio Menezes Cordeiro destaca que, ante a inovação, a influência do Código Civil francês foi preterida com o aparecimento do BGB, diploma tido por assente em dados científicos mais perfeitos e avançados.²⁸

Considerando a dinâmica histórica e cultural diversa da França, a Alemanha promulgou seu Código Civil praticamente um século mais tarde, tendo por base condições socioeconômicas e tradição jurídica diversas, ensejando uma característica própria para a disciplina do contrato.²⁹

Em que pese tenha adotado o princípio da liberdade de contratar difundido pelos franceses, o legislador alemão optou por inserir o contrato na categoria dos negócios jurídicos³⁰. Além disso, estabeleceu critérios de interpretação não sujeitos à literalidade dos textos contidos nos instrumentos firmados entre as partes, mas sim à boa-fé.³¹

²⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado de direito civil português... Ob. Cit. Pág. 80

²⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Ob. cit. Pág. 34.

³⁰ NOGUEIRA, Tania Lais Tizzoni. Ob. Cit. Pág. 37/38.

³¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do negócio jurídico. – São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 205.

O contrato aparece no BGB como um instituto da Parte Geral, sendo regulado a partir do §145, ponderando Dieter Medicus que a liberdade contratual constitui um caso especial da autonomia privada. Destaca o autor alemão, por exemplo, a liberdade de conclusão, a liberdade de eleição da parte, a possibilidade de concluir contratos atípicos, a liberdade de afastamento de leis não imperativas e a liberdade de forma.³²

Sobre o tratamento específico do contrato, o livro 2º do BGB foi articulado em sete capítulos, sendo que os seis primeiros (§§241-432) tratam das relações obrigacionais, dos créditos e das dívidas em geral; por sua volta, o capítulo sétimo regula as relações obrigacionais específicas (§§433-853).³³

Franz Wieacker destaca a estrutura conceitual rigorosa do BGB e uma renúncia quase total à casuística, exemplificando a subsunção do contrato de compra e venda a cinco domínios normativos distintos: Parte Geral (§116 e seguintes; §145 e seguintes); disposições gerais sobre a relação obrigacional (§275); às disposições gerais sobre as relações obrigacionais contratuais (§305 e seguintes; §323); e à disciplina do próprio contrato de compra e venda (§433 e seguintes; §446).³⁴

Além da divisão em parte geral e parte especial³⁵, o BGB trouxe outro grande avanço, considerando que boa parte das normas da parte geral é fruto do acolhimento dos estudos doutrinários da época, pois contêm uma regra de fundo permitindo brevidade ao texto da lei e rendendo um alto grau de abstração.

Conforme observa Salvatore Patti, o Código Civil Alemão conseguiu disciplinar um amplo número de situações com uma única disposição.³⁶ Trouxe inovações marcantes no campo da interpretação com a introdução das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos vagos, muito embora a plena aplicação de tais institutos tenha demorado a ser aproveitada pelos intérpretes.

³² MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales, volumen 1. Edición española por Ángel Martínez Sarrión. – Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1995. Pág. 38/39.

³³ MEDICUS, Dieter. Ob. Cit. Pág. 21.

³⁴ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. – 2ª edição – Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Pág. 544/545

³⁵ Sobre a divisão sistemática em parte geral e parte especial: MARINELLI, Fabrizio. Scienza e storia del diritto civile. – Roma: Editori Laterza, 2009. Pág. 126.

³⁶ PATTI, Salvatore. Codice civile tedesco, bürgerliches gesetzbuch. Traduzione e presentazione a cura di Salvatore Patti. Milano, Giuffrè, 2005. Pág. VI.

De toda sorte, as inovações estavam ali no código civil alemão já no início do século XX, destacando Renan Lotufo que o BGB “ficou como um marco na história do Direito, pois, tal qual o código francês, influenciou muitos outros países e prossegue influenciando, mesmo que sofrendo as necessárias atualizações temporais”.³⁷

Vale ressaltar que, antes mesmo da entrada em vigor do BGB, os alemães adeptos da *pandectista* já vinham desenvolvendo a teoria da pressuposição e da base do negócio, com base nas quais era possível a relativização das relações negociais, em especial dos contratos, teorias estas que serão analisadas oportunamente em capítulo próprio.

Em termos de relativização dos negócios jurídicos, a positivação da boa-fé passou a permitir a interferência do Estado nas relações contratuais entre particulares, antes defesa pelo Código Civil Francês.

Diante desta perspectiva, Dieter Medicus destaca a limitação da liberdade contratual com base nos sistemas de equilíbrios para a consecução de contratos “justos”, de forma a evitar que a parte mais forte se aproveite da sua supremacia para configurar o negócio jurídico da maneira que melhor lhe prouver, em prejuízo da parte contrária.³⁸

O que se extrai do estudo histórico e da passagem do Código Civil Alemão é que este diploma foi de extrema importância para um melhor aproveitamento das normas contidas em seu corpo, formuladas com conceitos jurídicos vagos a serem preenchidos pelo interprete quando da aplicação ao caso concreto. Some-se a isso a sistematização com base na Parte Geral e a introdução das cláusulas gerais.

O BGB quebrou de vez o paradigma do *pacta sunt servanda* do Código de Napoleão e trouxe de volta a possibilidade de reequilíbrio das relações contratuais.

Como bem aponta António Menezes Cordeiro, em razão do seu avanço técnico, o BGB exerceu domínio direto nas codificações tardias, dentre elas: suíça (1907), grega (1940), italiana

³⁷ LOTUFO, Renan. Ob. Cit. Pág. 88.

³⁸ MEDICUS, Dieter. Ob. Cit. Pág. 41.

(1942)³⁹ e portuguesa (1966), sendo certo que o seu influxo atingiu os países além Europa, como o próprio Brasil⁴⁰, Japão e Coreia.⁴¹

No entanto, em termos de positivação, é o Código Civil Italiano de 1942 responsável por trazer o avanço específico sobre a possibilidade de resolução ou revisão dos negócios jurídicos, cujas prestações tenham sido atingidas por fatos supervenientes e que, por consequência, tenham se tornado excessivamente onerosas.

1.1.3. O CÓDIGO CIVIL ITALIANO E A PREVISÃO EXPRESSA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

O primeiro Código Civil da Itália unificada foi o de 1865, diploma este elaborado com base no até então código referência, o *Code Napoléon*. As questões relativas às obrigações eram descentralizadas, servindo apenas de base instrumental ao instituto da propriedade, que por sua vez era o pilar do próprio código.⁴²

A característica principal do Código Civil italiano de 1865 era a adesão incondicional à escola da exegese, o que importava em uma completa sujeição intelectual ao texto escrito e limitação do jurista ao gosto do legislador. As críticas dos juristas foram incisivas, no sentido de aclamação por um diploma sistemático e idealista nos moldes desenvolvidos pelos alemães no BGB.⁴³ Assim, quase um século mais tarde, em 1942, os italianos promulgam o Código Civil que permanece vigendo até os dias de hoje.

Em comparação ao Código de 1865, o Código Civil italiano de 1942 é fruto de uma elaboração mais madura e original, com uma fisionomia própria e bem distinta. Todavia, no

³⁹ LA TORRE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 57/58.

⁴⁰ O Código Civil brasileiro de 1916 já havia adotado a divisão em parte geral e parte especial. Neste sentido: ZANETTI, Cristiano de Souza. Direito contratual contemporâneo, v. 5 : a liberdade contratual e sua fragmentação. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2008. Pág. 138.

⁴¹ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português... Ob. Cit. Pág. 83.

⁴² LA TORRE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 56/57.

⁴³ MARINELLI, Fabrizio. Ob. Cit. Pág. 152/153.

contexto geral, permanece com uma inspiração de fundo no Código Civil francês e no Código Civil alemão.

O BGB teve influência mais marcante sobre o Código Civil italiano de 1942, pois, apesar de não se valer da sistematização em parte geral e parte especial, o legislador italiano fez amplo uso das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos vagos, em especial a cláusula geral da boa-fé, mencionada em diversos artigos (*e.g.* 534, 535, 936, 937 e etc.). No entanto, Pietro Perlingieri ressalta que a jurisprudência que precedeu a Constituição da República italiana de 1947 fez raríssima aplicação das cláusulas gerais, sem as considerar relevantes e decisivas para as soluções dos casos concretos.⁴⁴

No tocante às obrigações e aos contratos, a distinção marcante em relação ao BGB foi a não adoção da construção dogmática do “negócio jurídico”. Porém, o Código Civil italiano de 1942 reservou uma disciplina ampla e orgânica às obrigações, sistematizando um livro próprio. O livro “Das Obrigações” (artigos 1173 a 2059) é dividido em nove títulos, dos quais os mais importantes são os três primeiros: I. “Das obrigações em geral”; II. “Dos contratos em geral”; e III. “Dos contratos típicos”.⁴⁵

Importante ressaltar que o Código Civil italiano de 1942 incorporou a matéria sobre o direito comercial, revogando o Código Comercial italiano de 1882 e passando a tratar de forma ampla e exclusiva sobre o direito privado.⁴⁶

Assim, em relação às obrigações e aos contratos, o Código Civil italiano traz duas características relevantes, quais sejam: a sistematização do direito das obrigações em livro exclusivo e a unificação de um único conceito de obrigação para o direito civil e para o direito comercial, afastando a distinção entre um e outro.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. Ob. Cit. Pág. 224. Neste sentido, STEFANO TROIANO faz referência aos seguintes artigos do Código Civil italiano: << buona fede >> (artt. 1337, 1358, 1366, 1375, 1460, << correttezza >> (art. 1175 c.c.), << ordine pubblico >> (art. 1343), << buon costume >> (art. 1343, 2035), << scarsa importanza >> dell'inadempimento (art. 1455), << giusta causa >> di licenziamento (art. 2119), << dano ingiusto >> (art. 2043 c.c.), << eccessiva onerosità >> (art. 1467, ecc.). TROIANO, Stefano. La <<ragionevolezza>> nel diritto dei contratti. Padova: Cedam, 2005. Pág. 48/49.

⁴⁵ LA TORRE, Antonio. Ob. Cit. Pág. 57/58. No original: I. *Delle obbligazioni in generale*; II. *Dei contratti in generali*; III. *Dei singoli contratti*.

⁴⁶ Idem. Pág. 58.

Centralizando a regulação dos contratos cíveis e comerciais, o legislador italiano procurou institucionalizar a relativização dos negócios jurídicos e estabeleceu no Código Civil a possibilidade de se resolver determinadas relações jurídicas atingidas por eventos extraordinários e imprevisíveis. Assim, se valeu dos conceitos jurídicos vagos para positivar a possibilidade de resolução em razão da superveniência da onerosidade excessiva, conforme se depreende dos artigos 1467, 1468 e 1469.

O instituto da onerosidade excessiva introduzido no *Codice Civile* foi precursor, destacando Ruy Rosado de Aguiar Júnior, contudo, que a Polônia já possuía previsão similar em seu Código Civil de 1933.⁴⁷

Paolo Gallo ressalta que a inovação trazida no Código Civil italiano de 1942 foi, no entanto, mais formal do que substancial, pois, por força das consequências da Primeira Guerra mundial, a Itália já possuía lei especial para resolução dos contratos, em que pese a aplicação fosse restrita a casos específicos e não de forma ampla e geral como a atual previsão.⁴⁸ C. Massimo Bianca ressalta também que a relevância da onerosidade excessiva era admitida na doutrina e na jurisprudência desenvolvidas com base no Código Civil Italiano de 1865, mesmo com ausência normativa, mas aderindo a uma tradição da *Scuola dei Commentatori*.⁴⁹

O fato é que a disposição sobre a onerosidade excessiva superveniente estabelecida no *Codice Civile* foi amplamente difundida, sendo adotada em diversos códigos civis da Europa e da América Latina, em especial no Código Civil Brasileiro de 2002.

⁴⁷ “O primeiro teria sido o Código Civil polonês, promulgado em 1933, cujo art. 269 dispunha que, se evento excepcional, como guerra, epidemia, perda de colheita ou outro cataclismo natural, que as partes não puderam prever no momento da conclusão do contrato, tornasse a execução da prestação excessivamente difícil ou ameaçasse uma das partes com perda exorbitante, o tribunal poderia, se entendesse necessário, segundo os princípios da boa-fé e depois de haver levado em consideração o interesse das partes, fixar o modo de execução, o montante da prestação ou pronunciar a resolução do contrato.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 863.

⁴⁸ GALLO, Paolo. Contratto e buona fede, buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto. Torino: UTET, 2009. Pág. 626.

⁴⁹ BIANCA, C. Massimo. Diritto civile, V. La responsabilità. – Milano : Giuffrè Editore, 1995. Pág. 387.

1.1.4. A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E O PARADIGMA ITALIANO

O Brasil deu início ao seu processo legislativo no período pós-independência com a promulgação da Lei de 20 de outubro de 1823, que determinava a manutenção em vigor das Ordenações Filipinas e das Leis e Decretos de Portugal promulgados até 25 de abril de 1821.

Com a Constituição de 1824 e a previsão expressa no inciso XVIII do artigo 179 de se organizar um Código Civil e um Código Penal, tempos mais tarde foram iniciados os estudos para a regulação própria do direito civil.⁵⁰

Em 15 de fevereiro de 1855, Augusto Teixeira de Freitas foi encarregado para consolidar as leis civis esparsas e, posteriormente, em 1859, elaborar o Código Civil. Porém, por não vislumbrar rigor científico, decidiu interromper os trabalhos sobre o Código, debruçando-se sobre a proposta de um Código Geral onde estariam compreendidas as regras de publicação, interpretação e aplicação de todas as leis. Com uma visão além do seu tempo, em 1867, paralelamente ao Código Geral, defendeu a elaboração de um Código Civil que compreendesse a disciplina das obrigações civis e comerciais.⁵¹

No entanto, com a resolução do contrato de prestação de serviço para o então Governo Imperial, Teixeira de Freitas abandonou por completo os trabalhos, que foram assumidos sucessivamente por Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues e, por fim, Clóvis Beviláqua, este último quem efetivamente concluiu o projeto. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, uma das principais razões pela qual Teixeira de Freitas teria renunciado ao trabalho de elaboração do Código Civil foi a resistência apresentada pelo Governo em unificar a regulação do Direito Privado, ou seja, incluir no Código Civil as matérias concernentes ao direito civil e ao direito comercial.⁵²

⁵⁰ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo*, v. 5 : a liberdade contratual e sua fragmentação. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2008. Pág. 87.

⁵¹ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Ob. cit.*. Pág. 87/88.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Novo código civil : texto comparado : código civil de 2002, código civil de 1916*. – São Paulo : Atlas, 2002. Pág. 27.

Vale ressaltar que em 1850 o Brasil já havia promulgado o Código Comercial, onde estava contida a regulação dos contratos mercantis. Em que pese tenha sofrido a influência direta do *Code Napoléon*, o Código Comercial brasileiro se diferenciou por tratar da parte geral dos contratos, não sendo, porém, acompanhado pelo Código Civil que viria a ser promulgado em 1916.

Clóvis Beviláqua, ao elaborar o projeto, apesar de reconhecer a possibilidade de unificação das obrigações civis e comerciais, considerava que a técnica legislativa exigia divisão do direito privado em códigos distintos, cabendo, naquele momento, as inovações estritamente ao direito comercial.⁵³

Em 1916 foi promulgado o primeiro Código Civil brasileiro que, assim como o BGB, implementou a divisão sistemática, cumprindo ressaltar que Teixeira de Freitas já havia proposto a organicidade em parte geral e parte especial no século XIX, influenciando Velez Sarsfield na elaboração do Código Civil argentino de 1869, bem como os elaboradores do Código Civil do Paraguai.⁵⁴

Em estudo de comparação, Alfredo Calderale destaca que o Código Civil de 1916 se apresentava como o menos extenso de sua época, sendo composto por 1.807 artigos em comparação aos 2.281 do *Code Napoléon*, dos 2.147 artigos do Código Civil italiano de 1942 e dos 2.385 parágrafos do BGB.⁵⁵

Sob a influência de uma sociedade estável, agrária, conservadora e recém-saída de um regime de escravidão, o Código Civil de 1916 dava maior importância ao “pai de família” e ao “proprietário”, não contemplando a regulação de aspectos fundamentais da economia, tais como a correção monetária, indenizações por danos morais, bem como tratava de forma insuficiente sobre os juros compensatórios e moratórios.⁵⁶

⁵³ ZANETTI, Cristiano de Souza. Direito contratual contemporâneo. Ob. cit. Pág. 138.

⁵⁴ LOTUFO, Renan. Código civil comentado. Ob. Cit. Pág. 01

⁵⁵ CALDERALE, Alfredo. Diritto privato e codificazione in Brasile. – Milano : Giuffrè, 2005. Pág. 87.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil : abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2002. Pág. 12/13.

No tocante ao contrato, o Código Civil de 1916 não o definiu, sendo descrito por Clóvis Beviláqua como o acordo de vontade para adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, e qualificado como espécie dos atos jurídicos.⁵⁷

Após a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, algumas foram as propostas de alteração e longas foram as discussões sobre a manutenção da divisão orgânica em Parte Geral e Parte Especial. Chegou-se a cogitar a criação de dois Códigos distintos, sendo o Código Civil para as matérias das Pessoas, do Direito de Família, das Coisas e das Sucessões, e um Código das Obrigações.⁵⁸

Em 23 de maio de 1969 foi criada a Comissão para elaboração de um novo Código, composta por José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, sob a coordenação de Miguel Reale. Foi, então, promulgado em 2002 o Código Civil brasileiro vigente.

A sistematização foi mantida no Código novo, destacando Renan Lotufo que “partindo, pois, da diretriz estrutural do Código Civil de 1916, foi mantida a Parte Geral, por dar organicidade ao Código, e preservada a nossa tradição jurídica, iniciada antes do Código Beviláqua, já com Teixeira de Freitas”.⁵⁹

Avanço de relevo foi a implementação dos princípios pautados por Miguel Reale na elaboração do Código Civil de 2002, quais sejam: eticidade, socialidade e operabilidade, dando maior ênfase ao comportamento probó (eticidade), à superação do individualismo em prol da sociedade como um todo (socialidade) e operabilidade no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar a interpretação e aplicação pelo operador do Direito.⁶⁰

De relevante importância, a exemplo do que se seguiu no Código Civil italiano de 1942 e do quanto sugerido por Teixeira de Freitas no século XIX, foi a concentração do Direito Privado no Código Civil de 2002, com a unificação das obrigações civis e comerciais, revogando-se parcialmente o Código Comercial brasileiro de 1850.⁶¹ Assim, maior importância

⁵⁷ ZANETTI, Cristiano de Souza. Direito contratual contemporâneo. Ob. cit. Pág. 138.

⁵⁸ LOTUFO, Renan. Código civil comentado. Ob. cit. Pág. 02

⁵⁹ Idem. Pág. 04

⁶⁰ REQUIÃO, Maurício. Ob. Cit. Pág. 34

⁶¹ Sobre a unificação do direito privado: ALVES, José Carlos Moreira. A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao novo código civil *in* Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas –

recaiu sobre a matéria das obrigações e dos contratos, visto que passaram a reger de forma geral as relações envolvendo particulares e empresas.

No tocante ao contrato, em comparação ao Código anterior, a opção do legislador foi por manter o silêncio sobre a definição, sendo que sua disciplina geral continuou a ser orientada por normas da Parte Geral e da Parte Especial.⁶²

Nas disposições gerais (Capítulo I) preliminares (Seção I) sobre os contratos em geral (Título V), contidas no Livro I (Direito das Obrigações), o Código Civil de 2002 trouxe importantes inovações, em especial as disposições contidas nos artigos 421 e 422, quais sejam: o exercício da liberdade de contratar em razão e nos limites da função social do contrato e o dever de guardar os princípios de probidade e boa-fé nas fases de conclusão e execução do contrato.

Na parte final do Título V, o Capítulo II disciplina as possibilidades de extinção do contrato não decorrentes do adimplemento, através do distrato, da cláusula resolutiva, da exceção do contrato não cumprido e a resolução por onerosidade excessiva. Dentre as quatro previsões elencadas no Código, apenas o distrato continha disposição correspondente no Código precedente.⁶³

De especial relevo para o presente estudo foi a inovação trazida pelo legislador na parte final do Título V (Contratos em geral), a possibilidade de extinção dos contratos por força da onerosidade excessiva superveniente, conforme as disposições contidas nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002.

Assim como na Itália, a positivação das disposições sobre a resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva foi uma inovação mais formal do que substancial, visto que a jurisprudência pátria já aplicava a resolução dos contratos, ou mesmo a revisão, com base na cláusula *rebus sic stantibus* e, a depender da relação (se consumerista), com base no inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, em vigor desde 1990.⁶⁴ Não obstante a lei

Homenagem a Tullio Ascarelli. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Anotnio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2010. Pág.369 e ss.

⁶² ZANETTI, Cristiano de Souza. Direito contratual contemporâneo. Ob. cit. Pág. 195.

⁶³ GHIGNONE, Luciano. Taques. Novo código civil brasileiro. / Curitiba: Juruá, 2002. Pág. 104/105.

⁶⁴ Neste sentido: “Ementa: ainda que legítimo o contrato de arrendamento mercantil cujo valor das prestações seja atualizado pela variação cambial, principalmente quando as instituições financeiras captam recursos no mercado internacional, não se pode esquecer que a moeda americana foi submetida a uma especulação sem precedentes em

especial, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke ressalta que a revisão por causa superveniente já continha disposição na Constituição Federal de 1967, como forma de garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.⁶⁵

Outro aspecto importante a ser ressaltado sobre a originalidade (ou falta dela) e inovação das disposições sobre a onerosidade excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 é o fato de serem praticamente cópias literais dos artigos 1467 e 1468 do Código Civil italiano de 1942, com algumas alterações e diferenças pontuais, conforme se depreende do quadro comparativo entre os diplomas.

Código Civil italiano de 1942	Código Civil brasileiro de 2002
<p>Art. 1467. Contato com prestações correspondentes.</p> <p>[I]. Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa em razão de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte devedora pode requerer a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1458.</p> <p>[II]. A resolução não pode ser requerida se a onerosidade superveniente recair sobre a álea normal do contrato.</p> <p>[III]. A parte contra a qual é requerida a resolução pode evitá-la oferecendo a modificação equânime das condições do</p>	<p>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.</p> <p>Sem correspondência.</p> <p>Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar</p>

nossa mais recente história, desvalorizando a moeda brasileira e alterando inesperadamente a política cambial, por essa razão a justiça, quando convocada, pode e deve intervir no contrato, compatibilizando o princípio “pacta sunt servanda”, sempre que necessário, por alterações inesperadas, à cláusula “rebus sic stantibus”. Assim, admissível que o agravante efetue o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, com base no valor do dólar americano de R\$ 1,32, mais aplicação dos índices de variação mensal do INPC/IBGE, durante a tramitação do feito, autorizada a financeira à levantar os depósitos efetuados ou emitir boletos correspondentes ao ora especificado. Dá-se provimento parcial ao recurso.” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 569.621-0/8, Desembargador relator Emmanoel França, julgado em 27.04.99, por votação unânime). No mesmo sentido: TJSP, Apelação com Revisão n. 622.684-00/0, Desembargador Relator Dyrceu Cintra, julgado em 28.11.01, por votação unânime); e STJ, Recurso Especial n. 361.694-RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 26.02.2002, por votação unânime.

⁶⁵ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual *in* Transformações contemporâneas do direito das obrigações / Mauricio Mota, Gustavo Kloh (organizadores). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pág. 103.

contrato.	equitativamente as condições do contrato.
<p>Art. 1468. Contrato com obrigação para apenas uma das partes.</p> <p>[I]. Nas hipóteses previstas no artigo antecedente, tratando-se de um contrato no qual apenas uma das partes tenha assumido obrigações, esta pode requerer uma redução da sua prestação ou uma modificação da modalidade de execução, suficientes a reconduzir a equidade.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 1469. Contrato aleatório.</p> <p>[I]. As normas dos artigos precedentes não se aplicam aos contratos aleatórios por natureza ou por vontade das partes.⁶⁶</p>	<p>Sem dispositivo similar no Código brasileiro.</p>

Conforme destaca Araken de Assis e claramente se observa da comparação, o legislador brasileiro optou por acolher o paradigma italiano.⁶⁷ No entanto, acresceu o requisito da “vantagem extrema” para a configuração da onerosidade excessiva, questão esta amplamente debatida pela doutrina e pela jurisprudência⁶⁸, e que será tratada mais a diante.

Diferentemente do italiano, o legislador pátrio optou também por silenciar em relação aos contratos aleatórios e aos riscos inerentes ao próprio negócio, deixando aos intérpretes o preenchimento desta lacuna.

⁶⁶ No vernáculo original: **Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive.** – [I]. *Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).* [II] *La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.* [III]. *La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto* (962, 1623, 1664, 1923).

Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte. – [I]. *Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.*

Art. 1469 Contratto aleatorio. – [I]. *Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472).*

⁶⁷ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. – Rio de Janeiro: Forense – 2007. Pág. 704.

⁶⁸ ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva *in* Teoria geral dos contratos / Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores. - - São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 651

Comparando o Código Civil italiano e o Código Civil brasileiro, em especial sobre a regulação do contrato, verifica-se a coincidência da unificação do direito privado e a influência daquele sobre este em relação à positivação da resolução por onerosidade excessiva, considerando que o diploma brasileiro praticamente reproduz a disposição do código italiano.

Em que pese seja reprodução da legislação italiana, conforme destacam Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Orlando Gomes, o instituto da onerosidade excessiva surgiu como um dos principais avanços do Código Civil de 2002.⁶⁹

Sob o ângulo macroscópico, é perceptível a influência do Código de Napoleão, do BGB e do Código Civil italiano de 1942 sobre o Código Civil brasileiro de 2002, em especial sobre a institucionalização da resolução em razão da onerosidade excessiva.

O Código Civil brasileiro manteve a liberdade contratual implementada pelos franceses no *Code Napoléon*, contudo impondo os limites de respeito à função social do contrato (artigo 421) e à boa-fé objetiva (artigo 422). Cristiano de Sousa Zanetti destaca a importância destes limites para o equilíbrio dos negócios jurídicos, que permitem qualificar como cogentes todas as normas cujo objetivo seja de manter o equilíbrio contratual, exemplificando com os institutos da lesão e da onerosidade excessiva.⁷⁰

Neste contexto, Paulo Lôbo destaca que o Código Civil brasileiro de 2002 ampliou de forma considerável o poder do juiz sobre as questões relativas à revisão do contrato, fornecendo-lhe a moldura, que deve ter o seu conteúdo preenchido com base nos princípios, nos conceitos indeterminados e nas cláusulas gerais.⁷¹

O instituto da onerosidade excessiva estabelecido nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil carrega a influência do BGB, ao passo que contém disposições abstratas, ou seja, conceitos jurídicos vagos que exigem maior atenção do intérprete para a correta aplicação ao caso concreto.

⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 880. No mesmo sentido: GOMES, Orlando. Ob. cit. Pág. 214.

⁷⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Direito contratual contemporâneo. Ob. cit. Pág. 196/197.

⁷¹ LÔBO, Paulo. Direito civil : contratos. – São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 193.

Some-se a isso a ingerência do princípio da função social do contrato e da cláusula geral da boa-fé objetiva sobre o próprio instituto.⁷²

Resta evidente, portanto, a permeação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos vagos⁷³ – técnica legislativa positivada precursoramente pelos alemães – para a regulação própria da resolução e da revisão por onerosidade excessiva.

Por último, a reprodução do texto dos incisos I e III do artigo 1467 e do artigo 1468 do Código Civil italiano de 1942, autorizando expressamente a possibilidade de resolução do contrato, evidencia a influência do *Codice Civile* sobre a positivação do instituto da onerosidade excessiva no Código Civil de 2002.

Os reflexos dos Códigos europeus, especialmente francês, alemão e italiano, podem ser observados em vários outros diplomas, especialmente sobre a recepção do paradigma italiano da onerosidade excessiva.⁷⁴

1.1.5. OS REMÉDIOS PARA A SUPERVENIÊNCIA EM OUTROS PAÍSES

A rigidez contratual foi perdendo espaço, sendo adotada a possibilidade de revisão e de resolução do negócio jurídico em diversos países. Além do Brasil, outros países adotaram o

⁷² Neste sentido, Cristiano de Sousa Zanetti destaca a relação: “O necessário respeito à função social impõe, destarte, que os contratos sejam equilibrados. Segue-se daí que a função social permite qualificar como cogentes todas as normas que objetivam promover o equilíbrio contratual, como, por exemplo, as regras relativas à lesão e à revisão por onerosidade excessiva. (...) A função social igualmente reforça a incidência do princípio da boa-fé, cuja devida aplicação também serve a equacionar a relação entre os direitos e deveres assumidos pelas partes.” ZANETTI, Cristiano de Sousa. Ob. cit. Pág. 197.

⁷³ Conforme aponta Arruda Alvim: “A linguagem de que se utiliza o legislador nesse novo Código Civil é uma linguagem permeada por cláusulas gerais, prenhe de conceitos vagos, ou seja, são idéias, núcleos de valores apresentados pelo legislador, mas cujo preenchimento demandará necessariamente que sejam completados pelo juiz à luz das circunstâncias do caso concreto.” ALVIM, Arruda. Ob. Cit. Pág. 67.

⁷⁴ Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que o Código Civil Brasileiro de 2002, no que diz respeito ao instituto da onerosidade excessiva, sofreu influência também dos Códigos Cíveis Português e Argentino. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 872; Arruda Alvim, por seu turno, destaca: “ Os diversos mandamentos que se encontram expressos no Código Civil significam uma maior sintonia com diplomas mais recentes do que o do Código Civil de 1916, como, por exemplo, principalmente o Código Civil português e o Código Civil italiano; percebe-se também coincidência com a disciplina da onerosidade excessiva, tal como está no Código Civil grego.” ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Código Civil *in* Simpósio sobre o novo Código Civil Brasileiro. – São Paulo, Ed. Método, 2003. Pág. 51.

paradigma italiano, fazendo constar nos respectivos Códigos Civis a possibilidade de resolução e de revisão dos contratos atingidos pela onerosidade excessiva superveniente.

O Código Civil da Argentina recentemente teve incluído o paradigma italiano em seu artigo 1.198, com alterações e acréscimos sugeridos pelo autor da proposta, Jorge Mosset Iturraspe. Diferentemente do legislador brasileiro e em sintonia com o dispositivo italiano, foi mantida a exclusão por risco próprio do contrato. A novidade é a exclusão da possibilidade de resolução para a hipótese de culpa e mora do devedor. Conforme tradução de Sílvio de Salvo Venosa, o artigo traz a seguinte redação:⁷⁵

Nos contratos bilaterais comutativos e nos aleatórios onerosos de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornou excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produza por causas estranhas ao risco próprio do contrato. Nos contratos de execução continuada a resolução não alcançará os efeitos já cumpridos. Não procederá a resolução, se o prejudicado tiver agido com culpa ou estiver em mora. A outra parte poderá impedir a resolução oferecendo melhorar equitativamente os efeitos do contrato.⁷⁶

Em Portugal houve o avanço legislativo, mas com redação diversa, apontando Sílvio de Salvo Venosa que o Código Civil lusitano obteve uma forma mais vinculada ao negócio jurídico em si e ao princípio da boa-fé, conforme disposição do artigo 437:⁷⁷

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. – 12. ed. – São Paulo : Atlas, 2012. Pág. 465.

⁷⁶ No original: **Art. 1.198** – Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes enendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinários e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo próprio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese in mora.

⁷⁷ Idem. Pág. 466. A redação do artigo do Código lusitano é a seguinte: “1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

O legislador lusitano foi feliz ao permitir que a parte prejudicada pelas circunstâncias supervenientes possa optar pelo pleito da resolução ou da revisão do contrato, não restringindo assim como o fez os legisladores italiano e brasileiro. Além disso, o Código Civil português traz como pressuposto a alteração anormal da circunstância, não condicionando a fato imprevisível e extraordinário.

O Código Civil Alemão (BGB) trata o assunto no § 313 como quebra da base negocial, dispondo sobre a possibilidade de adequação do contrato nas hipóteses de alteração das circunstâncias, considerando, especialmente, que tais alterações, se previstas pelas partes, seriam suficientes para que não ocorresse a avença ou, quando muito, pactuada de forma diversa. A revisão é o remédio principal, sendo residual a resolução quando não for possível a adequação do contrato ou não querida pelas partes.⁷⁸

Na Holanda, a questão leva o título de “circunstância imprevisíveis” e é tratada no artigo 6:258 do Código Civil Holandês. A possibilidade é de revisão do contrato, com alteração dos efeitos, ou resolução parcial ou completa da avença. A aplicação tem espaço na hipótese de superveniência de circunstâncias imprevisíveis que, dentro dos padrões de razoabilidade e boa-fé, façam com que a parte prejudicada não tenha interesse em prosseguir sem que sejam feitas as

⁷⁸ § 313 Störung der Geschäftsgrundlage. (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

alterações necessárias. Além disso, a revisão e a resolução não são aplicáveis na hipótese de álea comum.⁷⁹

O Código Civil do Peru tem previsão próxima do paradigma italiano, mas dispõe de forma mais pragmática, simplificando a hipótese de cabimento e colocando a revisão como o remédio para cessar os efeitos da onerosidade excessiva. A resolução é instância última, quando impossível a revisão em razão da natureza da prestação, das circunstâncias ou a pedido expresso do demandado. O Código Peruano abre a possibilidade de aplicação da revisão aos contratos de execução imediata, mas apenas na hipótese da prestação ter sido diferida por fato não imputável ao requerente. Dispõe, ainda, sobre a aplicação aos contratos aleatórios, desde que a onerosidade excessiva se dê em razão de motivos estranhos ao risco próprio do contrato.⁸⁰

O artigo 672 do Código Civil do Paraguai é praticamente cópia do artigo do Código Civil Italiano, fixando a resolução como o remédio para a hipótese de superveniência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários que tornem a prestação excessivamente onerosa.

⁷⁹ Na versão em inglês: Article 6:258 Unforeseen circumstances

- 1. Upon a right of action (legal claim) of one of the parties to an agreement, the court may change the legal effects of that agreement or it may dissolve this agreement in full or in part if there are unforeseen circumstances of such a nature that the opposite party, according to standards of reasonableness and fairness, may not expect an unchanged continuation of the agreement. The court may change or dissolve the agreement with retroactive effect.
 - 2. The court shall not change or dissolve the agreement as far as the unforeseen circumstances, in view of the nature of the agreement or of common opinion, should remain for account of the party who appeals to these circumstances.
 - 3. For the purpose of this Article, a person to whom a right or obligation from the agreement has passed, is equated with an original party to that agreement.

⁸⁰ **Artículo 1440.-** En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Artículo 1441.- Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican: 1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella. 2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Artículo 1442.- Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad. Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.

Artículo 1443.- No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

Diferencia-se do dispositivo do Código Civil Brasileiro por não fazer menção à necessidade de vantagem extrema para o credor.⁸¹

O Código Civil Boliviano traz a previsão de resolução por onerosidade excessiva em seu artigo 581, emprestando os efeitos da resolução por inadimplemento voluntário. A previsão boliviana trás uma distinção clara em relação aos demais diplomas: a onerosidade enseja apenas a resolução, de sorte que a revisão do contrato é restrita aos contratos de prestação unilateral.⁸²

Diante desta análise, resta evidente a influência do paradigma italiano nos Códigos Civis dos países europeus e latino-americanos, alçando o instituto da onerosidade excessiva como um dos mais importantes instrumentos da manutenção da justiça contratual, seja reequilibrando as relações negociais ou afastando-as do mundo jurídico.

No entanto, perceptível as diversas abordagens de cada um dos Códigos. As diferentes expressões utilizadas pelos legisladores se justificam em razão dos desenvolvimentos teóricos utilizados de base para cada um deles. De forma paralela ao desenvolvimento legislativo, importante foram os diferentes tratamentos teóricos elaborados pela doutrina e pela jurisprudência até se alcançar o produto final da onerosidade excessiva e figuras afins, com

⁸¹ **Art.672.-** En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.

⁸² **ARTÍCULO 581. (RESOLUCIÓN JUDICIAL POR EXCESIVA ONEROSIDAD DE LOS CONTRATOS CON PRESTACIONES RECIPROCAS).-**

I. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

II. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

III. Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato.

IV. El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas.

ARTÍCULO 582. (REDUCCIÓN O MODIFICACION JUDICIAL POR EXCESIVA ONEROSIDAD DE LOS CONTRATOS COM PRESTACIÓN UNILATERAL).-

En la hipótesis prevista por el artículo anterior, y cuando se trata de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.

ARTÍCULO 583. (EXCEPCIÓN: CONTRATOS ALEATORIOS).-

A los contratos aleatorios no son aplicables las normas de los artículos precedentes.

especial resguardo para a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão e a teoria da base do negócio.

2. A REVISÃO E A RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS E OS DIFERENTES TRATAMENTOS TEÓRICOS

Muito embora a positivação do instituto da onerosidade excessiva seja recente, considerando a previsão do Código Civil italiano de 1942 e do Código Civil brasileiro de 2002, é possível afirmar que a questão da superveniência já era tratada há muito tempo, apontando Paolo Cendon que o instituto tem suas raízes nos escritos de Cícero e Sêneca, porém com características não muito próximas.⁸³

J. M. Othon Sidou destaca que, durante a chamada *belle époque*, período em que imperava o princípio *pacta sunt servanda*, foi decifrada a Lei 43 do Código de Hammurabi, com os seguintes dizeres: “Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”.⁸⁴

Otávio Luiz Rodrigues Junior destaca que é, portanto, possível afirmar que a questão da superveniência e da relativização dos contratos é discutida há mais de 3.700 anos, considerando que o Código de Hammurabi foi escrito aproximadamente em 1.694 a.C.⁸⁵

De toda sorte, é de todo justo apontar nas lições morais deixadas por Cícero e Sêneca a existência de vestígios de que o contrato sempre foi modificável se modificadas, durante a execução, as condições subordinadas às quais se concluiu.⁸⁶

As lições de Cícero e Sêneca, contudo, tratavam predominantemente da superveniência da alteração das circunstâncias que tinham por consequência a impossibilidade de cumprimento, sem que isso tivesse relação direta com um incremento excessivo da obrigação contraída. J. M.

⁸³ CENDON, Paolo. Commentario al código civile, contratto in generale (artt. 1343 – 1469 *bis*). Ob. Cit.. Pág. 1467. Neste sentido, destaca Arruda Alvim: “Não são poucas as concepções que existiram a respeito da possibilidade de alteração de contrato, quando ‘o estado das coisas’ contemporâneo à feitura do contrato se altere no futuro, no curso das prestações através das quais se realiza o adimplemento, ou para o momento do adimplemento, de forma substancial, não se justificando à luz da *Justiça* e, mais especificamente, pelo desaparecimento da comutatividade (equivalência de prestações, quando da feitura do contrato), presente quando da feitura do contrato, desaparecida no curso do tempo.”. ALVIM, Arruda. Ob. Cit. Pág. 56.

⁸⁴ SIDOU, J. M. Othon. A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula *rebus sic stantibus*; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada. – Rio de Janeiro: Forense, 1984. Pág. 03/04.

⁸⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos : autonomia da vontade e teoria da imprevisão. – São Paulo : Atlas, 2002. Pág. 49.

⁸⁶ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág 03/04.

Othon Sidou exemplifica com um trecho tirado da obra *De officiis ad Marcum filium*, escrito por Cícero na quinta década antes de Cristo, em que o filósofo consigna expressa e formalmente haver promessa que às vezes não pode ser cumprida e pacto que não pode ser executado, como, por exemplo, um advogado que prometera seu patrocínio em uma causa não poderia ser considerado descumpridor se, no intertempo, lhe adoecesse o filho; um homem em estado lúcido que depositou sua espada nas mãos de um terceiro, e se, tornando-se o depositante louco, este requerer a restituição, não confere ao depositário a condição de infiel caso não a devolva, de certo que do contrário, caso o faça, seria culpado pela restituição. Já com Sêneca, autor de *De beneficiis*, J. M. Othon Sidou ressalta que o filósofo deixava bem claro que a menor mudança na circunstância em que se desenvolveu a negociação deixava o promitente livre da promessa.⁸⁷

Acolhendo os pressupostos filosóficos desenvolvidos por Cícero e Sêneca, o Cristianismo deu ênfase à superveniência com Santo Agostinho (Bispo de Hipona) e São Tomas de Aquino, mas, no entanto, o entendimento da promessa projetada no futuro e na dependência do *status quo* era até então regra moral.⁸⁸

A partir de então foram desenvolvidas algumas teorias sobre a possibilidade de resolução e revisão dos contratos, de sorte que algumas delas em muito se assemelham ao instituto da onerosidade excessiva e, até mesmo, formam a base própria de sua origem. A cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da base (objetiva) do negócio ou pressuposição e a teoria da imprevisão tiveram vital importância na jurisprudência da Itália e do Brasil que precedeu a elaboração das normas contidas nos respectivos Códigos Civis, razão pela qual merecem um estudo prévio à onerosidade excessiva, ainda que não com a profundidade que será atribuída a este instituto.

⁸⁷ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 04/05.

⁸⁸ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 10/11.

2.1. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Historicamente, o instituto que primeiro se assemelha à excessiva onerosidade superveniente é a cláusula *rebus sic stantibus*, elaborada na Idade Média como exigência de uma reação contra o desequilíbrio contratual.⁸⁹

Tinha-se que, antes da elaboração e aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, o tratamento da superveniência possuía apenas fundamentação moral, decorrendo, como visto, primeiro das orientações dos filósofos Cícero e Sêneca e sendo seguidas pelas proposições de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, pelo que a cláusula surge na Idade Média como uma fundamentação de cunho jurídico.

Para Cláudio Scognamiglio, no curso da complexa história do pensamento jurídico medieval, inicialmente a noção da cláusula *rebus sic stantibus* vem conduzida por uma diversidade de hipóteses, não apenas relativas à manutenção da situação de fato. As primeiras hipóteses tinham por escopo uma justiça substancial, concernente ao nexo de comutatividade das prestações, de sorte que a situação de prejuízo de uma das partes legitimava o afastamento dos efeitos do contrato.⁹⁰

O desenvolvimento tem início no século XI, quando Irnerius inaugura um curso de Direito Romano na famosa Escola de Direito de Bolonha, criando a Escola da Glosa ou dos Glosadores, com a técnica acadêmica de intercalar algumas notas nos fragmentos dos livros de *Jurisprudentia* e explicações sobre os textos de maior importância, divulgando seus exemplares entre os discentes por meio de cópias. Abrindo caminho ao ensaio da cláusula *rebus sic stantibus*, Graciano, também professor de Bolonha e autor de *Decretais*, se valendo de uma das proposições de Cícero, afirmava a possibilidade de descumprimento de uma promessa.⁹¹

No século XIII, sob a liderança de Bartolo de Saxoferrato, surge a Escola dos Pós-Glosadores, que, utilizando métodos de dialética escolástica na interpretação dos textos romanos,

⁸⁹ MACARIO, Francesco. La risoluzione per eccessiva onerosità in LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. Diritto civile, volume III – Obbligazioni, tomoII – il contratto in generale. Milano: Giuffrè, 2009. Pág. 1192

⁹⁰ SCOGNAMIGLIO, Cláudio. Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti. Padova: Cedam, 1992. Pág. 56/57

⁹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Ob.cit. Pág. 53/54.

passou a revolucionar o conhecimento até então existente, superando a própria Escola dos Glosadores.⁹²

Surge, então, a cláusula *rebus sic stantibus*, decorrente das contribuições dos canonistas e pós-glosadores dos séculos XIV, XV e XVI, em especial da expressão “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”, atribuída a Bartolo,⁹³ cuja tradução é: nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação.⁹⁴ A formulação da cláusula recebeu sucessivas e importantes contribuições de Baldo de Ubaldis, chegando à seguinte construção: “*quia rebus sic se habentibus loquimur, et sic promissiones intelliguntur rebus sic habentibus*”.⁹⁵

A cláusula *rebus sic stantibus* foi admitida pacificamente por muitos anos como subentendida nos contratos que tivessem *dependentiam de futuro*.⁹⁶ Portanto, implícita aos contratos de duração e nos de execução diferida, como condição de sua força obrigatória, de sorte que, não era exigida sua previsão expressa. Tinha como escopo garantir a manutenção do contrato enquanto permanecessem intactas as condições e o estado de fato existente no momento da conclusão.⁹⁷

José de Oliveira Ascensão destaca que à época se falava em vincular-se *rebus sic stantibus*, pois as partes contratavam porque as circunstâncias assim permitiam, de maneira que a variação das próprias circunstâncias repercutia diretamente sobre o vínculo assumido. Tratava-se de uma preocupação pela justiça do conteúdo, pelo que seria injusto manter a vinculação se as circunstâncias viessem a se alterar radicalmente.⁹⁸

⁹² Idem. Pág. 54.

⁹³ FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 63. Pág. 293/296. Assim como J. M. Othon Sidou, o autor destaca que o Código de Hamurabi já continha previsão similar, bem como que a Santo Agostinho era atribuído um sermão aceitando o inadimplemento em caso de impedimento e que São Tomás de Aquino condicionava o vínculo obrigacional à hipótese de imutabilidade das circunstâncias.

⁹⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor. – São Paulo : Saraiva, 1999. Pág. 10.

⁹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Ob.cit. Pág. 54/55.

⁹⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Pág. 17/18.

⁹⁷ GOMES, Orlando. Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 1998. Pág. 39

⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil *in* Questões Controvertidas no novo Código Civil, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Editora Forense, 2004. Pág. 168

Por outro prisma, Francesco Macario ressalta que se pretendia afirmar que o contrato conservaria intacta e plena a sua vinculação obrigatória enquanto mantida, em sede de execução, a situação em que as partes concluíram o negócio, ou seja, situação em que estabeleceram os recíprocos sacrifícios e vantagens.⁹⁹

Na Idade Moderna, com o surgimento dos Estados-Nações, coube a Grotius lançar os fundamentos do moderno direito internacional com a obra *De iure belli ac pacis*, fazendo prevalecer a ideia da interpretação consentida dos tratados, com base em duas circunstâncias: *ex defectu originário voluntatis* ou *ex casus emergentis repugnantis cum voluntate*. Permanece viva a condição tácita da cláusula, subentendida em todos os tratados concluídos. No entanto, Foignet advertia a impossibilidade de aplicação como denúncia unilateral, sendo de rigor uma tentativa prévia de reajuste do pacto.¹⁰⁰

Com o tempo e a popularidade da cláusula *rebus sic stantibus*, os estudiosos das escolas holandesa e alemã passaram a se debruçar sobre o tema, de sorte que a contribuição deles para uma nova interpretação e aplicação era revestida de interesses próprios para inclusão nas respectivas codificações setecentistas.¹⁰¹

Em 1756, surge a primeira previsão legal expressa da cláusula *rebus sic stantibus* no *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, o Código Civil da Baviera. De certa forma, a previsão legal limitava a aplicação da cláusula. Em seu Capítulo 15, Título 4, parágrafo 12, foram previstas três hipóteses restritas de aplicação, quais sejam: (i) alteração do ambiente objetivo existente à época da firmação do contrato, não ocasionada por culpa ou por mora do devedor; (ii) natureza imprevisível da circunstância modificativa, ou de difícil previsão; e (iii) modificação de tal monta que se o devedor a houvesse previsto não teria consentido em obrigar-se.¹⁰²

O Código da Baviera foi seguido, em 1774, pelo *Landrecht* prussiano e pelo Código Civil do Império Austríaco, em 1811, promulgado por Francisco I para a Áustria, Hungria e Boêmia.¹⁰³

⁹⁹ MACARIO, Francesco. *Le Sopravvenienze in Trattato del contratto*, rimedi 2. Vincenzo Roppo e Maria Costanza (coord.). Milano: Giuffrè, 2006. Pág. 616.

¹⁰⁰ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 18.

¹⁰¹ SCOGNAMIGLIO, Claudio. Ob. cit. Pág. 60

¹⁰² SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 20/21.

¹⁰³ Idem. Pág. 21/22. DONNINI, Rogério Ferraz. Ob. Cit. Pág. 18/19.

Paolo Gallo destaca, no entanto, que a cláusula *rebus sic stantibus* entra em declínio ao longo do século XX, sendo praticamente ignorada em sua totalidade pelos Pandectistas. Em que pese sua centralidade no curso da Idade Média, não houve acolhida nos códigos civis da França (*Códe Napoléon*) e da Alemanha (BGB). A razão do afastamento da cláusula se deu por força de uma concessão rigorosamente voluntarista do contrato na fase liberalista e pela insegurança que poderia trazer à incolumidade do princípio *pacta sunt servanda*.¹⁰⁴

J. M. Othon Sidou aponta que a intangibilidade dos pactos assentada no Código de Napoleão não foi necessariamente uma resultante do espírito revolucionário francês, pois já havia uma tendência ao enrijecimento do contrato na época imediatamente precedente à Revolução. O autor destaca que Robert-Joseph Pothier, sabidamente inspirador dos elaboradores do *Code*, falecido 20 anos antes da queda da Bastilha, por exemplo, não fez referências em suas obras sobre a superveniência nas relações contratuais, seguido por Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, Huc, Planiol e Troplong.¹⁰⁵

O Código Civil italiano de 1865 seguiu a linha do *Code Napoléon*, conferindo força de lei aos contratos formalmente estabelecidos entre as partes. Por sua vez, o Código Civil português permitia exceções ao cumprimento do contrato com base em erro substancial, caso fortuito e força maior.¹⁰⁶

Paralelamente ao declínio da cláusula *rebus sic stantibus*, os Pandectistas passaram a desenvolver a teoria da pressuposição e da base do negócio, tendo como precursor Bernard Windscheid. No entanto, dada a importância da teoria e sua influência sobre o desenvolvimento do instituto da onerosidade excessiva, o estudo da teoria da pressuposição se dará em capítulo próprio.

A partir do século XX, em razão da debilidade do sistema capitalista, o individualismo começou a declinar e perder força para os ideais solidários. A tentativa de igualdade jurídica do Código de Napoleão se torna cada vez menos tangível, pelo que o princípio do *pacta sunt servanda* volta a ser flexibilizado.¹⁰⁷

¹⁰⁴ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*. Ob. Cit. Pág. 626/627

¹⁰⁵ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 23.

¹⁰⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. Ob. Cit. Pág. 20.

¹⁰⁷ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 26/27.

Na Itália, por exemplo, a doutrina e a jurisprudência passam a admitir amplamente que nos contratos de prestação continuada fosse subentendida como implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, em contraposição ao Código Civil italiano de 1865 que não continha previsão expressa para o enfrentamento da superveniência.¹⁰⁸

Arnoldo Medeiros da Fonseca destaca uma sentença da Corte de Cassação de Turim, proferida em 16 de agosto de 1900, com fulcro nos princípios gerais de direito, na equidade, na boa-fé contratual e na ausência de consentimento ou da vontade de obrigar-se nas condições supervenientes e imprevisíveis, as quais, se previstas, impediriam qualquer acordo entre as partes contratantes.¹⁰⁹ Ainda que de forma não expressa, a Corte Italiana retomava a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

Ao longo do século XX se dá o incremento dos estudos em matéria de resolução por onerosidade excessiva, que ganha corpo em decorrência das duas Grandes Guerras, as quais sabidamente envolveram muitos países da Europa. Os eventos bélicos prejudicaram sobremaneira diversas relações contratuais, onerando e, até mesmo, impossibilitando o cumprimento das obrigações contraídas, pelo que a jurisprudência europeia dos tempos do primeiro pós-guerra foi tendencialmente marcada pela aplicação da resolução dos contratos.¹¹⁰

A proximidade da cláusula *rebus sic stantibus* com o instituto da onerosidade excessiva fica evidente com a lição de Eptácio Pessoa, trazida por J. M. Othon Sidou:¹¹¹

“A regra, ensina Eptácio Pessoa, decorre da injustiça que haveria em condenar o devedor a pagar, não a prestação a que realmente se obrigara, mas uma prestação demasiadamente agravada por fatos extraordinários e

¹⁰⁸ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*. Ob. Cit. Pág. 627; MACARIO, Francesco. Ob.cit.. Pág. 1193

¹⁰⁹ FONSECA, Arnoldo Medeiros da. Ob. cit. Pág. 18/19. No original: “*Queste in sostanza essendo le considerazioni sulle quali, independentemente da quelle circa l'applicabilità al caso delle regole d'equità, si fonda la pronuncia della Corte di merito, é per sé evidente che la ragione del decidere stà ad ogni modo nel riconosciuto difetto di consenso o di volontà de obbligare in quelle sopravvenute imprevedibili condizioni di cose che, se previste, avrebbero reso impossibile ogni accordo fra le parti, Più che un principio di equità temperativa fu quello di quità interpretativa di un contratto avente tratto sucessivo che determinò da decisione della Corte modenese, la quale per mutamento imperativo di ciò che formava oggetto essenziale del contratto giuridico essere venuto meno colla causa dell'obbligazione il consenso dei contraenti e mancare di conseguenza quel vincolo giuridico che ha forza di leggi fra le parti. Il giudizio della Corte non può essere censurato perchè, ritenuto con apprezzamento sovrano che erano cessati i rapporti contrattuali, la risoluzione dell'obbligazione subordinata al rimborso di ciò, che costituisce il corrispettivo dell'obbligazione stessa, ne é la logica e giuridica conseguenza.*”

¹¹⁰ MACARIO, Francesco. Ob.cit.. Pág. 1193

¹¹¹ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 13.

inesperados, ocorridos depois da celebração do contrato, fatos que o devedor absolutamente não podia prever e, diante dos quais, se pudessem ser previstos, seria inconcebível o acordo nos termos pactuados. E tem por missão evitar tal injustiça, defender a equivalência entre a prestação e a contraprestação, manter a vontade das partes dentro dos limites em que de boa fé se comprometeram por ocasião do ajuste, numa palavra, fazer valer o espírito do contrato tal foi querido e celebrado.”

No entanto, como no final do século XVIII e início do século XIX, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* entra em declínio, principalmente em razão da popularidade do Código de Napoleão, do individualismo jurídico, da aplicação rigorosa do brocardo *pacta sunt servanda* e da estabilidade econômica e política¹¹², paralelamente os alemães adeptos da pandectística passam a desenvolver a teoria da pressuposição e, mais tarde, a teoria da base do negócio.

2.2. TEORIA DA PRESSUPOSIÇÃO E DA BASE DO NEGÓCIO

Com o declínio da cláusula *rebus sic stantibus* e o fortalecimento do Código de Napoleão, baseado na interpretação de que o contrato criava lei especial entre as partes, se afastava a possibilidade de revisão e de resolução dos contratos em razão da superveniência e da alteração das circunstâncias, de sorte que, em determinadas situações imprevisíveis, as partes permaneciam obrigadas a cumprir com as respectivas obrigações.¹¹³

Dentro deste contexto, os alemães passaram a desenvolver a teoria da pressuposição, que tempos depois veio a se desdobrar na teoria da base do negócio, retomando a flexibilização dos contratos.

¹¹² DONNINI, Rogério Ferraz. Ob. cit. Pág. 19/20.

¹¹³ Neste sentido: “Em todo caso, o Código Civil francês clausulava a vontade à lei, isto é, o contrato devia ser “legalmente formado” e tripartia a vontade negocial: o contrato no qual a vontade imperava indômita, só rescindível por mútuo dissenso (regra geral); o contrato rompível a qualquer momento, na só vontade de uma das partes (a sociedade, quando não constituída por prazo certo, o mandato e a locação sem duração definida); e finalmente o contrato imodificável, a despeito da vontade futura de ambas as partes (o casamento e a adoção)”. SIDOU, J. M. Othon. Ob. cit. Pág. 23.

Com base na teoria da pressuposição, a vontade do contratante, transmitida pela declaração negocial, foi alçada a elemento principal da relação jurídica, sendo utilizada para relativizar os ajustes contratuais nas hipóteses de alteração das circunstâncias.

A teoria da pressuposição foi idealizada por Bernhard Windscheid, jurista alemão da Pandectista, para quem o direito civil se assentava na vontade humana, que seria a matriz dos direitos subjetivos. Assim, sob a perspectiva da declaração negocial, para ele a vontade verdadeira (e subjetiva) constituía o cerne da busca pela solução justa¹¹⁴.

Seria um termo médio entre a condição e os motivos, considerando a condição juridicamente relevante e condicionante dos efeitos jurídicos do próprio negócio a evento futuro e incerto, enquanto os motivos, em regra, não produziam qualquer efeito jurídico, pelo que a pressuposição enquanto meio termo só produziria efeitos se alegada pela parte como fundamento para a revisão ou para a resolução do negócio.¹¹⁵

Conforme aponta Durval Ferreira, na concepção de Windscheid, o contratante que celebra um negócio jurídico o faz na convicção de que certo acontecimento ou situação ocorreu, está ocorrendo, continuará ocorrendo ou virá a ocorrer, sendo certo que não celebraria ou então pactuaria de forma diversa na hipótese de conhecimento pretérito da não verificação da pressuposição. Assim, na ausência da pressuposição, surgiria o direito de revogar o negócio jurídico, desde que a pressuposição tenha sido conhecida pela outra parte ou fosse por ela cognoscível.¹¹⁶

A teoria da pressuposição desenvolvida por Windscheid foi muito debatida por adeptos e críticos, estes em maior número em relação àqueles.¹¹⁷

Após a idealização de Windscheid, vieram os estudos de Fadda e Bensa, baseados sobre a teoria do dogma da vontade. Posteriormente Paul Oertmann, responsável por reconduzir a teoria

¹¹⁴ CORDEIRO, Antonio Menezes. Da boa-fé no direito civil. Ob. cit. Pág. 977. Neste sentido: “Para o notável pandectista, a pressuposição de um vínculo permanente, impartível da relação negocial, e assim tanto importa hajam as partes previsto a mutação circunstancial na conclusão do ato, como não importa nisto se hajam omitido, uma vez que ela, a pressuposição, só se relaciona com a vontade subjetiva”. SIDOU, J. M. Othon. Ob. cit. Pág. 35.

¹¹⁵ MORAES, Renato José de. Alteração das circunstâncias negociais *in* JABUR, Gilberto Haddad & PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.) – Direito dos Contratos – São Paulo : Quartier Latin, 2006. Pág. 137.

¹¹⁶ FERREIRA, Durval. Erro negocial, objetos, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias. – Coimbra : Livraria Almedina, 1998. Pág. 10/11.

¹¹⁷ SIDOU, J. M. Othon. Ob. cit. Pág. 36.

ao fundamento do contrato, colocando em evidencia o próprio significado objetivo do negócio jurídico. Depois Locher, introduzindo o conceito de fim objetivo do contrato e abandonando a incerteza da representação psicológica. Na sequência, vem Kruckmann, que se vale o princípio da boa-fé para interpretar e integrar o contrato, de forma a propiciar relevância jurídica à base contratual. Seguindo vem Karl Larenz, que propõe uma clara distinção entre fundamento subjetivo e fundamento objetivo do contrato, afastando a representação subjetiva das partes e, assim, fortalecendo a importância das circunstâncias objetivas relacionadas ao escopo específico que as partes se propuseram a realizar através da conclusão do contrato.¹¹⁸

Os estudiosos da teoria de Windscheid, em especial os italianos, procuraram distinguir a *pressuposição* da *causa do contrato*, tendo em vista a sua complexidade e a sua conexão com os principais perfis da teoria do negócio jurídico. Claudio Scognamiglio explica que a diferença se dava, pois, no pensamento de Windscheid, a insubsistência ou o desaparecimento do pressuposto seriam determinantes para o afastamento dos efeitos, ao passo que o defeito da causa seria determinante para a invalidade da norma e, conseqüentemente, a impossibilidade de produção inicial de efeitos.¹¹⁹

Para Francesco Galgano a teoria da pressuposição desenvolvida por Windscheid aplicava relevância tácita à condição do consenso da parte. Explica o jurista italiano que na hipótese de superveniência da ausência da condição pressuposta estaria caracterizada a própria ausência de vontade da parte, obstando a aplicação dos efeitos jurídicos por não mais corresponderem à efetiva vontade do contratante.¹²⁰

Paolo Cendon destaca que a jurisprudência italiana tem feito largo uso da pressuposição na aplicação do artigo 1467 do Código Civil italiano, que explicitamente considera a divergência entre a vontade declarada no contrato e a efetiva situação diversa daquela prevista pelos contratantes. Aproximou o instituto da pressuposição a uma particular forma de condição implícita e à própria causa do negócio, trazendo com esta afirmação importantes conseqüências

¹¹⁸ RICCIO, Angelo. Ob.cit. P. 418/419. O autor faz menção expressa às obras de cada um dos juristas mencionados, sendo elas: WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts*; FADDA e BENZA, note a Windscheid, *Diritto delle pandette*; OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*; LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*; KRUCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*.

¹¹⁹ SCOGNAMIGLIO, Claudio. Ob. cit. Pág. 191/192

¹²⁰ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Pág. 573/574

sobre o plano dos efeitos da ausência do pressuposto.¹²¹ No entanto, Francesco Macario alerta que as cortes italianas não têm considerado adequadamente que a resolução de que trata o artigo 1467 do Código Civil italiano (resolução por onerosidade excessiva, nos moldes do artigo 478 do Código Civil brasileiro) implica na existência de circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias, enquanto a pressuposição recai sobre a esfera volitiva dos contratantes.¹²²

Em que pese não tenha caído nas graças dos juristas alemães, a teoria da pressuposição chegou a ser incluída no primeiro projeto do BGB, dispondo o §742 que: “Aquele que realizar uma prestação sob a pressuposição, expressa ou tacitamente declarada, da verificação ou não verificação de um acontecimento futuro ou de um efeito de direito, pode exigir a restituição ao destinatário, caso a pressuposição não se realize”. No entanto, quando da segunda revisão do Código Civil alemão, a teoria da pressuposição foi excluída sob a alegação de atentar contra a segurança jurídica.¹²³

A crítica à teoria formulada por Windscheid era justamente no sentido de que a relevância atribuída ao pressuposto negocial era prejudicial à segurança do tráfego jurídico e à certeza dos vínculos negociais, pois a possibilidade de a pressuposição ser tácita permitia que a mesma passasse despercebida pela parte contrária. Claudio Scognamiglio explica que, sendo a pressuposição estranha à causa do negócio, sua relevância poderia ser considerada apenas quando resultasse das circunstâncias em que o negócio foi concluído.¹²⁴

¹²¹ CENDON, Paolo. Commentario al código civile, contratto in generale. Ob. Cit. Pág. 1876. Como exemplo, o autor cita o seguinte trecho de uma sentença da Corte de Cassação da Itália: “L’istituto della presupposizione, introdotto in via generale ed in modo espresso dall’art. 1467 c.c., ricorre quando una data situazione di fatto o di diritto, passata, presente o futura, sia stata tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso, pur in assenza di un espresso riferimento, come presupposto condizionante il negozio. (Cass. Civ., Sez. II, 28 agosto 1993, n. 9125, *Contr*, 1993, 667)”. Tradução livre: O instituto da pressuposição, introduzido de forma geral e de modo expresso no artigo 1467 do código civil italiano, é conferido quando uma dada situação de fato ou de direito, pretérita, presente ou futura, seja prevista pelos contratantes na formação dos seus consensos, apesar de ausência de referência expressa, como uma condição pressuposta do negócio.

¹²² MACARIO, Francesco. Le sopravvenienze. Ob. cit. Pág. 548. No original: “Si assiste così, da parte della giurisprudenza, ad una sorta di atteggiamento scettico verso la categoria della presupposizione che induce a rivolgersi ad una disciplina che attiene al campo dei fatti obiettivi, non considerando adeguatamente le corti che la risoluzione di cui all’art. 1467 implica l’esistenza di circostanze imprevedibili e straordinarie mentre la presupposizione riguarda la sfera volitiva dei contraenti (nel senso che vi è sempre un problema attinente alla volontà, sia pure latente)”.

¹²³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança : cumprimento imperfeito do contrato. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 148.

¹²⁴ SCOGNAMIGLIO, Claudio. Ob. cit. Pág. 192. Neste sentido, apoiando-se em Abgar Soriano, J. M. Othon Sidou elenca os pontos vulneráveis da teoria da pressuposição de Windscheid: “1) o perigo de confundir-se a causa com os motivos do ato jurídico, emprestando-se a esses uma importância excessiva; 2) a eficácia de um contrato bilateral

Por muito tempo a doutrina negou valor jurídico à teoria da pressuposição, destacando que os motivos do contrato seriam irrelevantes para o direito, de sorte que para adquirirem relevância deveriam ser externados como vontades contratuais condicionadas, ou seja, como verdadeiras condições expressas no contrato, sejam suspensivas ou resolutivas.¹²⁵

Algumas décadas depois surge a teoria da base (ou fundamento) do negócio, desenvolvida por Paul Oertmann, que se refere à explicitação feita por uma ou ambas as partes na conclusão do contrato sobre a existência ou possível superveniência de determinadas circunstâncias sobre as quais se funda a vontade negocial. A consequência do descaminho da referida base negocial determinaria a invalidade do negócio jurídico.¹²⁶

Segundo Renato José de Moraes, a teoria desenvolvida por Paul Oertmann visava corrigir as falhas da concepção de Windscheid, na tentativa de encontrar uma nova solução para o problema da alteração das circunstâncias.¹²⁷ Oertmann pretendeu distinguir a pressuposição e o motivo do contrato.¹²⁸

Nelson Nery Junior e Thiago Rodovalho dos Santos sustentam que inicialmente a teoria desenvolvida por Oertmann ainda era presa a certa subjetividade, no sentido de uma representação mental que um dos contratantes teria no momento da conclusão do contrato e que seria conhecida e não obstaculizada pela parte contrária, ou mesmo uma representação mental sobre determinadas circunstâncias que seriam comuns a ambas (ou todas) as partes contratantes.¹²⁹

A teoria da base, portanto, considera apenas o conjunto de circunstâncias como pressuposto imprescindível para a manutenção do contrato. As circunstâncias dizem respeito à consecução da finalidade do contrato, de sorte que a alteração das próprias circunstâncias como

poder ser destruída por uma só das partes; 3) as pressuposições tácitas atentarem contra toda a estabilidade de operações jurídicas concluídas”. SIDOU, J. M. Othon. Ob. cit. Pág. 36.

¹²⁵ RICCIO, Angelo. *Eccessiva Onerosità*. Ob. Cit. Pág. 420/421. No mesmo sentido GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Ob. cit. Pág. 150.

¹²⁶ CAPODANNO, Michele. *L'interpretazione del contratto*. Padova: Cedam, 2006. Pág. 203/204

¹²⁷ MORAES, Renato José de. Ob. cit. Pág. 138.

¹²⁸ SIDOU, J. M. Othon. Ob. cit. Pág. 39.

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. SANTOS, Thiago Rodovalho dos. *Renegociação contratual in Separata da Revista dos Tribunais*, Ano 100 – vol. 906, p. 113-155. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pág.134.

fator preponderante para o impedimento do alcance da finalidade do negócio justificaria a revisão ou a resolução do contrato.¹³⁰

A teoria da base desenvolvida por Paul Oertmann se diferencia da teoria da pressuposição por não fracionar a relação contratual no interesse individual de cada uma das partes. Tem em vista o fundamento do negócio bilateral como um todo, e não o motivo que levou cada uma das partes a contratar.¹³¹

Alguns juristas se debruçaram sobre a teoria desenvolvida por Oertmann, com destaque para Ennecerus-Lehmann¹³², Manuel Augusto Domingues de Andrade¹³³ e Karl Larenz, este último responsável pela veste objetiva da teoria da base negocial.

Karl Larenz justifica que a teoria de Oertmann não demonstra de modo satisfatório quais são as circunstâncias que podem ser classificadas como “base” de um contrato. Aponta que a teoria é muito ampla, pois, se aplicável integralmente, admitiria o desaparecimento da base do próprio negócio em numerosos casos, em especial nos quais a parte não tenha obtido o resultado esperado; por outro lado, a teoria de Oertmann seria muito limitada, considerando que não se ocupa sobre o que é necessário de forma objetiva para a consecução da finalidade contratual comum a ambas as partes.¹³⁴

Para Karl Larenz, a base do negócio pode ser entendida em dois sentidos: subjetiva e objetiva. A base subjetiva seria a determinação da vontade de uma ou de ambas as partes, com uma representação mental existente no momento da conclusão do contrato, suficiente para influenciar de forma incisiva na formação dos motivos. A base objetiva seria o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe o contrato, pelo que, do contrário, não se alcançaria a finalidade do contrato e o propósito das partes, não havendo sentido para a subsistência do próprio negócio.¹³⁵

¹³⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil : contratos*. – São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 205.

¹³¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato : confronto com o direito europeu futuro*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 96.

¹³² FERREIRA, Durval. *Ob. Cit.* Pág. 11.

¹³³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Ob. Cit.* Pág. 151.

¹³⁴ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madri : Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. Pág. 20.

¹³⁵ *Idem.* Pág. 37.

A base subjetiva diz respeito aos motivos, devendo ser aplicada para os casos de erro sobre os próprios motivos e sobre os vícios de vontade. Em relação ao erro, diz respeito a uma situação presente do contratante, como o que se admite existente ao momento da conclusão. Sobre os vícios de vontade, é relativa ao futuro, especialmente sobre a esperança de que persistam determinadas circunstâncias.¹³⁶

A base objetiva se refere à possibilidade de consecução do fim do contrato e à intenção conjunta das partes. Os principais casos sobre a quebra da base objetiva são de destruição da relação de equivalência das prestações e da impossibilidade de alcance da finalidade do contrato.¹³⁷

Para Karl Larenz, as consequências jurídicas do desaparecimento das bases subjetiva e objetiva são distintas, mas ambas tem o amparo jurídico na lei, com base especial nos §§ 157 e 242 do Código Civil alemão, portanto, com em respeito à boa-fé, e não à equidade. Na ausência ou desaparecimento da base subjetiva, o negócio seria, por regra geral, ineficaz. Na hipótese de desaparecimento da base objetiva, a parte prejudicada poderia se negar a cumprir com a respectiva obrigação, desde que a parte contrária se negasse a readequar a equivalência da prestação; havendo frustração da finalidade, o credor da prestação que se tornou inútil poderia rechaça-la e se negar a cumprir sua contraprestação, desde que arque com os gastos despendidos pela outra parte para a preparação e execução do contrato, considerados indispensáveis.¹³⁸

A teoria da base, ao permitir a readequação do equilíbrio contratual, se aproximada da teoria da onerosidade excessiva por considerar a superveniência, mas se restringe à alteração das circunstâncias sem levar em consideração o aspecto da imprevisibilidade.

¹³⁶ Idem. Pág. 38/39.

¹³⁷ LARENZ, Karl. Ob. Cit. Pág. 38/39.

¹³⁸ Idem. Pág. 224/226. No original: “Si falta o desaparece la base del negocio subjetiva, el contrato o la disposición contractual respectiva es, por regla general (por ejemplo, em los casos de inexacta base de cálculo, de inexistente base de la transacción y de que no se realice un determinado acontecimiento), ineficaz. (...) En los casos de destrucción de la relación de equivalencia (IX, a), la parte perjudicada, caso de no haber realizado la prestación, puede negarse a hacerlo em tanto que la outra parte no consienta un adecuado aumento de la contraprestación que restaure la equivalencia. Si se rechaza este aumento terminantemente, la parte perjudicada puede resolver o, em caso de una prestación de larga duración ya comenzada, denunciar inmediatamente el contrato. Si há realizado su prestación puede, cuando no se admita um adecuado aumento posterior de la contraprestación, reclamar una indemnización por el importe del enriquecimiento de la otra parte. Em los csos de frustración de la finalidad (IX, b), el acreedor de la prestación que resulto inútil puede rechazarla y negarse a realizar su contraprestación em tanto que sobrepase los gastos que la outra parte há realizado para la preparación y ejecución del contrato y que podían considerarse indispensables”.

2.3. TEORIA DA IMPREVISÃO

Segundo parte da doutrina, a teoria da imprevisão seria a roupagem moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, conforme afirmam Márcio Klang, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini.¹³⁹

A teoria da imprevisão serve de base para a revisão ou a resolução judicial dos contratos em razão da superveniência de acontecimentos imprevisíveis que tornem a obrigação de uma das partes excessivamente onerosa, ressalvada as hipóteses de revisão e distrato diretamente entre as partes.¹⁴⁰ É uma construção doutrinária para abrandar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, quando ocorrer alteração substancial das situações existentes no momento da contratação.¹⁴¹

Arnaldo Medeiros da Fonseca aponta que da cláusula *rebus sic stantibus* decorreu o desenvolvimento da teoria da imprevisão, cujo interesse jurídico doutrinário teria sido despertado pela Corte de Cassação de Turim, quando, em 16 de agosto de 1900, proferiu sentença com fundamentação nos princípios gerais de direito, da equidade, da boa-fé contratual e da ausência de consentimento ou de vontade de obrigar-se nas condições supervenientes e imprevisíveis.¹⁴²

O jurista italiano Giuseppe Osti foi quem primeiro propôs o desenvolvimento da nova teoria, escorando-se, sobretudo, no aspecto da superveniência. No entanto, os doutrinadores

¹³⁹ KLANG, Márcio. A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1983. Pág. 17; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Ob. cit. Pág. 19; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos *in* Fundamentos do direito civil brasileiro / Everaldo Augusto Cambler, organizador/autor. – Campinas, SP : Millennium Editora, 2012. Pág. 25; DONNINI, Rogério Ferraz. Ob. Cit. Pág. 21.

¹⁴⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Ob. cit. Pág. 19. Neste sentido, Márcio Klang destaca: “Assim, em contratos sinalagmáticos de execução diferida no tempo, ou seja, quando as partes celebrarem um acordo em dado momento, para que o comportamento acordado seja realizado em outra ocasião, a ocorrência de acontecimentos imprevisíveis e desvinculados da vontade das partes, que tornem muito difícil ou excessivamente onerosa a prestação, o comportamento de um dos contratantes, facultará à parte prejudicada pretender a revisão judicial das cláusulas contratuais, com o fim de ajustá-la à nova realidade, e restabelecer o equilíbrio contratual. Tal revisão deverá ser sempre judicial, a não ser que as partes adotem-na espontaneamente. KLANG, Márcio. Ob. Cit. Pág. 17.

¹⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. cit. Pág. 26.

¹⁴² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Ob. cit. Pág. 18/19.

franceses deram preferência ao aspecto da imprevisibilidade para justificar eventuais anulações e modificações de obrigações assumidas e até então não executadas.¹⁴³

Portanto, muito embora os italianos tenham retomado a flexibilização do contrato, a teoria da imprevisão é atribuída aos franceses, especialmente pelo fato de terem criado leis específicas para a revisão e resolução dos negócios jurídicos desestabilizados economicamente.

Em consequência da Primeira Guerra Mundial, a teoria da imprevisão foi elaborada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, em julgado de 30 de março de 1916 sobre contrato administrativo de serviço público, admitindo-se a revisão em razão da alta do preço do carvão, causada pelos reflexos da guerra.

Em 21 de janeiro de 1918, foi promulgada na França a primeira lei sobre revisão dos contratos, Lei *Faillot*, permitindo temporariamente a possibilidade de resolução dos contratos desequilibrados pelos reflexos da guerra.¹⁴⁴ Referida lei deu ensejo à promulgação de várias outras, as chamadas leis de emergência, não relacionadas aos fatos bélicos, mas criadas para solucionar situações econômicas similares pontuais.¹⁴⁵ Portanto, as Cortes francesas limitavam a aplicação da teoria da imprevisão na jurisdição civil apenas para as hipóteses expressamente reguladas por lei.¹⁴⁶

No Brasil, a teoria da imprevisão não teve acolhida no Código Civil de 1916, justificando Rogério Ferraz Donnini que a ausência de previsão expressa sobre a possibilidade de revisão dos contratos por motivos imprevisíveis se deu em razão do momento de estabilidade da moeda e das condições econômicas.¹⁴⁷ No entanto, segundo Álvaro Villaça Azevedo, vista como a nova roupagem da cláusula *rebus sic stantibus*, sempre foi considerada como existente em

¹⁴³ Idem. Pág. 19/20.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. Cit. Pág.26; MORAES, Renato José de. Ob. cit. Pág. 139/140.

¹⁴⁵ “Noutras oportunidades e sem correlação com o fato bélico, a França tem-se valido da legislação de emergência face a situações econômicas análogas, citando-se as leis de 1919 sobre seguros; a do mesmo ano regulando a aquisição de imóveis a prestação; a de 1924 sobre arrendamento; a de 1925 sobre a revisão dos preços de aluguel, seguida de outras leis até 1933; a de 1935 sobre redução judicial dos preços de venda de certos fundos de comércio; também de 1935, a que determinou o abatimento de 10% sobre certas dívidas; a de 1938 sobre a revisão salarial etc.”. SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 51.

¹⁴⁶ MORAES, Renato José de. Ob. Cit. Pág. 140; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 169.

¹⁴⁷ DONNINI. Rogério Ferraz. Ob. Cit. Pág. 42.

todos os contratos pela doutrina e pela jurisprudência, mesmo sem previsão expressa nos instrumentos particulares.¹⁴⁸

É possível afirmar que a teoria da imprevisão, nos termos como difundida no Brasil, configura uma limitação da cláusula *rebus sic stantibus*, ao passo que impõe os requisitos de excepcionalidade e imprevisibilidade para a sua plena aplicação.¹⁴⁹ Basta recordar que a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* é suficiente para as hipóteses de alteração das circunstâncias, independentemente da sua ocorrência por fatos imprevisíveis.

A divergência doutrinária ganha maiores contornos com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Álvaro Villaça Azevedo entende que a teoria da imprevisão foi acolhida no Código Civil brasileiro de 2002, em especial no artigo 478 que trata da onerosidade excessiva superveniente.¹⁵⁰

Ricardo Algarve Gregório entende que o artigo 317 possibilita a invocação da teoria da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁵¹ Renan Lotufo, por seu turno, entende que o dispositivo do artigo 317 adota às claras a teoria da imprevisão, indicando que o mesmo posicionamento é adotado por outros juristas, mencionando expressamente Otavio Luiz Rodrigues Junior, Sílvio de Salvo Venosa, Everaldo Clamber e Maria Helena Diniz.¹⁵²

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho procuram distinguir teoria da imprevisão, cláusula *rebus sic stantibus* e resolução por onerosidade excessiva, concluindo, porém, que a teoria da imprevisão teve acolhida no Código Civil de 2002 tanto no dispositivo do artigo 478, como no artigo 317.¹⁵³

¹⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. Cit. Pág. 27.

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo. Ob. Cit. Pág. 206.

¹⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. Cit. Pág. 31. “O atual Código Civil Brasileiro, em seu art. 478, acolhe a teoria da imprevisão contrariando tendência de nossos Tribunais, que não a admitem em casos de inflação”.

¹⁵¹ GREGÓRIO, Ricardo Algarve. Comentários ao código civil / [coordenadores] Carlos Eduardo Nicoletti Camillo... [et al.]. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 350. Ao comentar sobre o artigo 317, o autor expõe: “A regra em análise trouxe, tardiamente, para o direito positivo a possibilidade de o devedor invocar a chamada “teoria da imprevisão” ou cláusula *rebus sic stantibus*, criação do direito medieval consagrada pelo direito francês e que se encontra há tempos ultrapassada por um princípio mais moderno e de melhor aplicação – o da “onerosidade excessiva””.

¹⁵² LOTUFO, Renan. Código civil comentado : obrigações : parte geral (arts. 233 a 420), volume 2. – São Paulo : Saraiva, 2003. Pág.227/228.

¹⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume IV : contratos, tomo 1 : teoria geral. – 2. ed. rev., atual. e reform. – São Paulo : Saraiva, 2006. Pág. 266/278.

Respeitadas as opiniões diversas, com maior razão a corrente doutrinária que entende acolhida a teoria da imprevisão no artigo 317 do Código Civil de 2002, ainda que a alocação do dispositivo tenha ocorrido no direito das obrigações, considerando que a redação do dispositivo é o resumo próprio da teoria, aplicando-se a revisão para as hipóteses de desproporção por motivos imprevisíveis.

Importante também ressaltar que a teoria da imprevisão tem contribuição sobre o instituto da onerosidade excessiva, compondo um dos requisitos (acontecimentos imprevisíveis) para possibilitar a resolução do vínculo contratual, nos termos do artigo 478.

No entanto, afirmar que a teoria da imprevisão foi acolhida não quer dizer que foi implementada em sua totalidade, pois o instituto da onerosidade excessiva possui características próprias e específicas, mais objetivas e menos centradas na vontade dos contratantes.

Assim, considerando que os dois dispositivos do Código Civil, artigos 317 e 478, dispõem sobre os fatos supervenientes imprevisíveis, a doutrina oscila sobre o alcance e a possibilidade de aplicação de um e de outro.

3. ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL: A REVISÃO DO CONTRATO

O tema sobre a revisão dos contratos diz respeito ao rompimento da justiça contratual, como forma de se evitar a manutenção de relações que venham a se tornar desequilibradas durante as respectivas execuções. Como bem aponta Plínio Melgaré, a ideia central do sistema jurídico é de conservação dos negócios jurídicos.¹⁵⁴

O Código Civil brasileiro de 2002 adotou a possibilidade de revisão em seu artigo 317, que tem a seguinte redação:

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

O dispositivo não contém correspondência no Código Civil de 1916, tampouco na legislação estrangeira, configurando verdadeira inovação.

Em razão da disposição contida no artigo 315 do próprio Código Civil, Renan Lotufo ressalta que alguns intérpretes têm o entendimento de que a revisão prevista no artigo 317 tem lugar apenas para as obrigações em dinheiro¹⁵⁵, tendo em vista existência da disciplina própria para resolução dos contratos por onerosidade excessiva nos artigos 478, 479 e 480.¹⁵⁶

O posicionamento doutrinário relativo à aplicação do artigo 317 somente para as obrigações de pagamento em dinheiro também é atrelado ao anteprojeto do Código Civil de 2002,

¹⁵⁴ MELGARÉ, Plínio. A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual *in* O direito das obrigações na contemporaneidade : estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador); Adalberto Pasqualotto ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. Pág. 389.

¹⁵⁵ Neste sentido: CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Pág. 145. “Apesar de muitos doutrinadores terem entendido que o dispositivo não deve ter aplicação restrita às dívidas pecuniárias, entende-se, pelas razões antes colocadas, que a restrição procede. Assim, uma diferença marcante com relação à onerosidade excessiva reside na aplicação limitada do art. 317 às prestações pecuniárias. Mais do que isso, o art. 317 trata do problema da perda do valor real nas prestações pecuniárias, seja por processo inflacionário, seja por deflacionário, eis que não faz diferença entre credor e devedor.”. A seu favor, o autor destaca o posicionamento de Antonio Junqueira de Azevedo, Laura Coradini Frantz e Fernando Rodrigues Martins.

¹⁵⁶ LOTUFO, Renan. Código civil comentado : obrigações (...). Pág. 226.

que dispunha no artigo 311 (correspondente ao atual 317) que haveria lugar à revisão “quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta”.

No entanto, a justa troca da expressão “desvalorização da moeda”, contida no anteprojeto, por “prestação devida” permite a interpretação mais ampla, abarcando qualquer das modalidades obrigacionais, inclusive as decorrentes de contratos, sejam obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Renan Lotufo ressalta que o artigo 317 está incluído na seção relativa ao objeto do pagamento e respectiva prova, destacando que pagamento corresponde tecnicamente a adimplemento, que pode se dar de variadas maneiras, e não apenas com pagamento em dinheiro.¹⁵⁷ No mesmo sentido, Otavio Luiz Rodrigues Junior aponta que o artigo 317 estabelece uma cláusula tácita de correção do valor das prestações contratuais.¹⁵⁸

A conclusão é a de que a revisão se aplica a qualquer espécie de obrigação, desde que sobrevenha desproporção em seu real valor nos termos do dispositivo. Contudo, por não haver expressa menção sobre a sua aplicação aos contratos, resta a dúvida sobre o alcance da norma.

Cabendo a revisão para qualquer espécie de obrigação, independentemente de sua origem, dúvida não há da aplicação do dispositivo aos contratos, considerando a premissa básica de ser uma das fontes das obrigações, ao lado das declarações unilaterais e dos atos ilícitos. Assim, possível afirmar que a revisão com base no artigo 317 é plenamente aplicável aos contratos.¹⁵⁹

Dentro deste contexto, ao comparar com o dispositivo do artigo 478 do Código Civil sobre onerosidade excessiva, Luis Renato Ferreira da Silva pondera que a revisão prevista no artigo 317 diz respeito somente à prestação devida em determinado momento, e não ao contrato

¹⁵⁷ LOTUFO, Renan. Código civil comentado : obrigações (...). Pág. 228. Neste sentido: “O art. 317 do Código Civil foi cunhado, inicialmente, para atender as hipóteses de desvalorização da moeda, conforme as redações anteriores do artigo demonstram. A expressão “desvalorização monetária” foi retirada, porém, numa tentativa de ampliação da sua abrangência”. FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo código civil brasileiro *in* Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos, vol. 4 / Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves, coordenação. – São Paulo: Editora Método, 2005. Pág. 185.

¹⁵⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Ob. cit. Pág. 157/158.

¹⁵⁹ Neste sentido: “O art. 317, inserido no capítulo do pagamento das obrigações, regula o pagamento tanto de uma prestação extracontratual (como nas prestações alimentícias) como da que tem origem no contrato, não havendo razão para que se exclua da incidência desse dispositivo o adimplemento de obrigação contratual, que é, aliás, o seu maior campo de aplicação.”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo código civil (...) Ob. cit. Pág. 913.

como um todo.¹⁶⁰ Por outro lado, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber aplicam maior alcance ao dispositivo, justificando que “sua redação ampla permite aplicação mais nobre e útil, como instrumento de revisão judicial dos contratos”, tendo em vista que “ao conceder ao juiz o poder de corrigir o valor da prestação, abriu as portas do ordenamento jurídico comum para a ideia de revisão contratual”.¹⁶¹

Revisar o valor de uma prestação consensualmente pactuada, ou seja, a obrigação estabelecida por meio de um contrato, sem sombra de dúvida, caracteriza revisão contratual, ainda que parcial.

No entanto, para que a revisão seja possível nos termos do artigo 317, alguns requisitos básicos devem ser observados no caso concreto, quais sejam: (i) contrato de execução diferida ou continuada; (ii) desproporção entre o valor da prestação devida e o valor do momento da respectiva execução; e (iii) imprevisibilidade do motivo que tenha dado ensejo à desproporção da prestação. Sem qualquer dos requisitos resta impraticável a tutela jurisdicional, sendo, portanto, indispensáveis e cumulativos.

A possibilidade da revisão de uma obrigação que tenha nascido de uma relação contratual, portanto, se restringe à prestação que tenha sido fixada para momento futuro ou com o cumprimento protraído no tempo. Além disso, a revisão só terá lugar para as obrigações ainda não adimplidas, com exceção daquelas que eventualmente forem cumpridas quando as respectivas revisões já tenham sido colocadas *sub judice*. Estas, mesmo adimplidas, poderão ter o respectivo valor readequado, bastando a devolução ou o pagamento sobre o proporcional fixado pelo juiz.

A desproporção do valor fica restrita à prestação, não sendo necessária a correlação com o valor da contraprestação, caracterizando uma das diferenças preponderantes em relação ao instituto da onerosidade excessiva do artigo 478. Neste sentido, Laura Coradini Frantz destaca o

¹⁶⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no código civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes *in* Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil / Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins, coordenadores. - - São Paulo: Atlas,, 2012. Pág. 396. Nas palavras do autor: “É verdade que o art. 317 anda pelo caminho revisional desde logo. Entretanto, nele encontra-se a revisão não de todo o contrato, mas da prestação devida em determinado momento. O espectro é menor e a finalidade do dispositivo menos abrangente”.

¹⁶¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Código civil comentado : direito das obrigações : artigos 233 a 420, volume IV / coordenador Álvaro Villaça Azevedo. – São Paulo: Atlas, 2008. Pág. 218/219.

posicionamento de Judith Martins-Costa sobre a diferença existente entre equilíbrio e proporção contratual, para quem o desequilíbrio estaria relacionado ao binômio “prestação e contraprestação”, enquanto a desproporção não pressupõe a comutatividade.¹⁶²

O que se pretende afirmar é que a desproporção pode ocorrer apenas em relação a prestação atingida pelo motivo imprevisível. De toda sorte, possível que haja desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação.

O fato que enseja a revisão com base no artigo 317 deve ser apenas imprevisível, enquanto para o instituto da onerosidade excessiva do artigo 478 deve ser imprevisível e extraordinário, muito embora a doutrina não seja unânime em relação à distinção entre os dois termos.

Conforme a lição de Francesco Macario, o critério de imprevisibilidade deve ser considerado com base no grau de especificação com que o evento pode ser considerado pelo ordenamento e pelo o grau de certeza que deve assumir a previsão do evento.¹⁶³ Neste sentido, inclusive, foi o posicionamento adotado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal, traduzido da seguinte maneira no Enunciado n. 17: “Art. 317: A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.”¹⁶⁴

Vale ressaltar a posição de Álvaro Villaça Azevedo, para quem o termo “imprevisíveis” deveria ser excluído do dispositivo, considerando o jurista que qualquer motivo de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de imprevisibilidade, não havendo lugar no direito moderno para qualquer forma de enriquecimento injustificado.¹⁶⁵

¹⁶² FRANTZ, Laura Coradini. Ob. Cit. Pág. 191.

¹⁶³ MACARIO, Francesco. *Le Sopravvenienze. Trattato del contratto*, V – Rimedi. Ob. Cit. Pág. 646/647. No original: “La presenza di tali requisiti degli avvenimenti sopravvenuti ha sempre sollevato (ed è destinata a suscitare) non pochi problemi interpretativi, concernenti essenzialmente il grado di prevedibilità (e quindi di straordinarietà), il grado di specificità con cui l’evento può essere considerato dall’ordinamento e il grado di certezza che dovrebbe assumere la previsione dell’evento”.

¹⁶⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Jornadas de direito civil i, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Pág. 18.

¹⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. cit. Pág. 41.

A imprevisibilidade do evento está ligada à noção de probabilidade do seu acontecimento, devendo, portanto, superar a álea normal do tráfico comercial, considerando que cada negócio suporta riscos a cada uma das partes. De certa forma, a lei tutela os riscos anormais que estão fora do alcance de previsão das partes, responsabilizando-as apenas sobre aqueles tipicamente conexos com a operação que estão realizando.¹⁶⁶

Em comparação ao instituto da onerosidade excessiva, previsto no artigo 478, a revisão contratual estabelecida no artigo 317 seria menos restritiva, considerando que sua aplicação é possível para as hipóteses de desproporção entre o valor da prestação devida no momento da celebração do contrato e o respectivo valor no momento da sua execução; enquanto para a onerosidade excessiva deve haver desequilíbrio entre prestação e contraprestação, afora outros requisitos indispensáveis não exigidos para a hipótese do artigo 317.

A desproporção mencionada no dispositivo do artigo 317 pode ser prejudicial para o credor ou para o devedor, a depender de como afetar a prestação devida. Havendo diminuição no valor da prestação, o prejuízo recairá sobre o credor que receberá menos do que o devido. Por outro lado, se houver valorização da prestação, no sentido de se tornar mais onerosa, o prejuízo será o devedor.

Conforme aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, independentemente da variação do valor, se para mais ou para menos, não se nega que pode ocorrer a perda da equivalência das prestações, caso o credor receba um prestação desvalorizada ou, do contrário, o devedor cumpra uma prestação valorizada. Portanto, haverá onerosidade quando a prestação do devedor se tornar de difícil cumprimento, bem como na hipótese de o credor estar diante de uma perda significativa do valor da prestação a receber.¹⁶⁷

Do ponto de vista da solução judicial, o dispositivo do artigo 317 se diferencia do dispositivo do artigo 478 por não abranger a possibilidade de resolução, visto que restringe o pleito à revisão da prestação. No entanto, no que concerne às partes, o artigo 317 permite que a ação seja proposta tanto pelo credor como pelo devedor, enquanto o artigo 478 fica restrito ao devedor.

¹⁶⁶ FRANTZ, Laura Coradini. Ob. Cit. Pág. 193/195.

¹⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo código civil (...) Ob. cit. Pág. 912/913.

Os dispositivos dos artigos 317 e 478 também possuem pontos de convergência, considerando que se referem a obrigações diferidas ou continuadas; obrigações atingidas por fatos supervenientes imprevisíveis; e agravamento da prestação suficiente para ocasionar desproporção manifesta.

Discute a doutrina se o fato superveniente previsto no artigo 317 pode ensejar o remédio da resolução do contrato, apontando em sentido positivo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para quem, na hipótese de a revisão ser inviável e a parte beneficiada exigir o cumprimento, não ser recomendável a manutenção do contrato. Afirma o autor que a disparidade irremediável pela via revisional afasta a função social do contrato, sendo, portanto, possível a resolução quando insuportável para a parte prejudicada a manutenção da avença.¹⁶⁸

¹⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo código civil (...) Ob. cit. Pág. 915.

4. ONEROSIDADE EXCESSIVA

Com base nos contratos comutativos e dentro dos limites da autonomia privada, as partes são livres para determinar uma correspondência econômica através da mútua troca de prestações obrigacionais.¹⁶⁹ Quando da conclusão do negócio, deve haver equilíbrio entre as prestações em respeito ao princípio da justiça contratual,¹⁷⁰ equilíbrio este que deve ser mantido durante toda a vida do contrato.

O instituto da onerosidade excessiva surge com a função de remediar determinadas relações jurídicas contratuais afetadas durante a execução das obrigações contraídas em razão da superveniência de eventos extraordinários e imprevisíveis, permitindo a resolução ou a revisão do negócio jurídico.

Cumprir destacar que a onerosidade excessiva se distingue da impossibilidade superveniente. Enquanto para aquela o cumprimento ainda é possível mesmo que a prestação seja onerosa ao extremo, para esta o cumprimento não é mais possível. Conforme aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a impossibilidade é causa extintiva do contrato, desde que inimputável, surtindo efeitos desde então, enquanto a onerosidade excessiva depende do mútuo consentimento ou da manifestação judicial para produzir efeitos.¹⁷¹

O instituto da onerosidade também se distingue da lesão, muito embora nesta também se verifique desproporção manifesta entre o valor das prestações. No entanto, a lesão cuida de defeito do negócio jurídico, que se dá na gênese do contrato. Por seu turno, a onerosidade excessiva surge de forma superveniente à conclusão do contrato e não tem relação com o abuso econômico próprio da lesão.¹⁷²

¹⁶⁹ CAMILLETI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano : Giuffrè, 2004. Pág. 66.

¹⁷⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. – 2 ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 47. “Portanto, a noção de justiça contratual guarda espaço bem mais amplo que a reservada ao equilíbrio contratual já que, enquanto este se liga mais a uma ótica de intercâmbio de prestações, aquela se reveste de um julgamento ético, que absorve o sentido mercadológico. Assim, a referência que se faz à justiça contratual é pelo sentido principiológico, abarcando o equilíbrio, porque é com boa probabilidade que um assento contratual seja em concreto também justo: .

¹⁷¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo código civil (...)* Ob. cit. Pág. 881.

¹⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil (...)* Ob. cit. Pág. 270.

A onerosidade excessiva também não se confunde com a resolução por descumprimento, visto este não ser o pressuposto do instituto, podendo, apenas, ser uma consequência da onerosidade superveniente. A resolução por inadimplemento exige um contrato bilateral, por exemplo, enquanto a resolução com base no instituto da onerosidade excessiva pode se dar nos contratos unilaterais.¹⁷³

Conforme destaca Francesco Macario, a solução para os problemas decorrentes da superveniência não se restringe ao instituto da onerosidade excessiva, pois são múltiplos os remédios existentes entre as regras e as diversas técnicas convencionais de gestão de risco, que variam desde regras do tipo extintivo até soluções de caráter de manutenção.¹⁷⁴ Como vimos, além da disposição contida no artigo 478, o próprio Código Civil traz a possibilidade de revisão em seu artigo 317. Não obstante as disposições legais, os contratantes podem fazer uso de mecanismos convencionais de tipos diversos para tentar obstar ou minimizar eventuais efeitos supervenientes indesejáveis.¹⁷⁵

As partes podem ser previdentes e acordar cláusulas que redistribuam o risco da superveniência, estabelecendo, por exemplo, cláusulas sobre condições resolutivas.¹⁷⁶ O Código Civil Brasileiro dispõe de sobre a possibilidade de operação de pleno direito da cláusula resolutiva expressa (art. 474).¹⁷⁷

Podem também ser previdentes a ponto de pactuar a obrigação de renegociar, que “consiste em uma norma de conduta, a qual instaura um procedimento voluntário entre as partes para perquirirem consensualmente a adequação”, na hipótese de significativas alterações no curso

¹⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo código civil (...) Ob. cit. Pág. 881.

¹⁷⁴ MACARIO, Francesco. La risoluzione per eccessiva onerosità in LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. Diritto civile, volume III – Obbligazioni, tomo II – il contratto in generale. Milano: Giuffrè, 2009. Pág. 1190.

¹⁷⁵ MACARIO, Francesco. Le Sopravvenienze in Trattato del contratto, V – Rimedi 2. Ob. Cit. Pág. 615. Neste sentido, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke: “A restauração do equilíbrio contratual, caso o tempo e seu esvaimento o tenham modificado, pode fundar raízes em fontes *heterônomas* e *autônomas*: haverá *heteronomia* quando o quando o reequilíbrio se basear nas previsões oferecidas pela legislação, e haverá *autonomia* quando ele se der de acordo com disposições fixadas pelas próprias partes e para as próprias partes. A distinção é relevante para que não se confundam as *fontes* com os *meios* de reconstrução do equilíbrio contratual, já que estes podem ganhar concretização pela via das simples negociações, pelo recurso da arbitragem ou pelo acesso ao Poder Judiciário.”. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual in Transformações contemporâneas do direito das obrigações / Mauricio Mota, Gustavo Kloh (organizadores). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pág. 98.

¹⁷⁶ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 944.

¹⁷⁷ **Art. 474.** A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

da execução do contrato.¹⁷⁸ Conforme aponta Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, além das cláusulas resolutivas, com base na autonomia negocial, as partes podem tentar “domesticar o tempo” por meio de cláusulas livremente acrescentadas para (i) impor o dever de renegociar quando diante de certas circunstâncias; (ii) atuar automaticamente, determinando critérios de reajuste instantâneo; e (iii) remeter à participação de um terceiro interveniente (perito ou árbitro).¹⁷⁹

Contudo, por vezes, mesmo pactuando tais convenções e previsões, as partes são surpreendidas por eventos imprevisíveis e extraordinários, uma das razões de ser do instituto da onerosidade excessiva.

Na hipótese de ausência de previsão contratual sobre a distribuição dos riscos e sobre a revisão e a resolução do contrato, as partes dispõem, portanto, da previsão legal do instituto da onerosidade excessiva disposto nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil brasileiro, sendo certo que a aplicação do instituto não é geral, ou seja, não se aplica a toda e qualquer espécie de contrato.

A aplicação da revisão ou da rescisão só é possível para os tipos contratuais especificados no artigo 478 do Código Civil, quais sejam: contratos com prestações correspondentes e de execução continuada ou diferida. O instituto ganha maior importância, ao passo que os contratos que se projetam no futuro são encontrados com maior frequência se comparados aos contratos de execução imediata.¹⁸⁰

Cumpre salientar que, tratando-se de um contrato de duração (execução periódica ou prestações diferidas), a superveniência deve ser juridicamente relevante a ponto de prejudicar o interesse de uma das partes e, assim, agravar o cumprimento da obrigação que o negócio jurídico

¹⁷⁸ NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. – São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 254.

¹⁷⁹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual. Ob. Cit. Pág. 111/112.

¹⁸⁰ Neste sentido: “Quase sempre *i contratti si proiettano nel futuro*. Sono rari i contratti a esecuzione rigorosamente immediata e istantanea: quelli che si consumano in sé stessi, perché la conclusione coincide senza residui con l’integrale attuazione del programma contrattuale, a sua volta consistente nella produzione di una vicenda giuridica che subito vive propria rispetto al contratto da cui deriva”. Tradução livre: “Quase sempre os contratos se projetam no futuro. São raros os contratos de execução rigorosamente imediata e instantânea: aqueles que se consomem em si mesmos, pois a conclusão coincide com a integral atuação do programa contratual, que, por sua vez, consiste na produção de um efeito jurídico que nasce concomitantemente ao contrato do qual deriva”. ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 943; ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. – Rio de Janeiro: Forense – 2007. Pág. 702/703.

a impõe, diminuindo a sua própria utilidade.¹⁸¹ Assim sendo, para que a resolução do contrato seja possível é necessário que o evento extraordinário superveniente acarrete a profunda modificação do valor correspondente entre prestação e contraprestação de maneira não prevista e não desejada pelas partes.¹⁸²

Em relação ao requisito da imprevisibilidade, alguns juristas entendem dispensável, conforme a posição de Álvaro Villaça Azevedo¹⁸³, já destacada anteriormente, e Rodrigo Toscano de Brito, para quem os princípios sociais do contrato são suficientes para a manutenção da justiça contratual.¹⁸⁴

Independentemente da posição doutrinária sobre a necessidade ou não do fator da imprevisibilidade, é senso comum que o instituto da onerosidade excessiva visa afastar os efeitos dos riscos não assumidos pelas partes. Para o jurista italiano Francesco Galgano, a solução adotada atualmente tende a se embasar na aplicação da cláusula geral da boa-fé na interpretação e na execução do contrato, considerando que o evento superveniente produz uma alteração na função da causa e torna sem justificativa a troca de prestações contratuais.¹⁸⁵

Afastadas as divergências conceituais, tem-se que o instituto da onerosidade excessiva é um mecanismo de liberação e revisão do contrato, possível de ser aplicado, no entanto, quando observados os pressupostos condicionantes contemplados no artigo 478 e seguintes do Código Civil brasileiro de 2002, os quais serão analisados a diante junto com as diferentes posições doutrinárias e pontuais jurisprudências.

¹⁸¹ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. cit. Pág. 943/944.

¹⁸² CENDON, Paolo. Commentario al código civile, contratto in generale (artt. 1343 – 1469 bis). Ob. Cit. Pág. 1872.

¹⁸³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. cit. Pág. 41.

¹⁸⁴ BRITO, Rodrigo Toscano de. Onerosidade excessiva e a dispensável demonstração de fato imprevisível para a revisão ou resolução dos contratos *in* Introdução crítica ao Código Civil / Lucas Abreu Barroso (organizador). – Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pág. 134.

¹⁸⁵ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Ob. Cit. Pág. 575; No mesmo sentido é o entendimento de Roberto Senise Lisboa: “Uma interpretação principiológica viabiliza, no meu entender, a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos bilaterais civis, mediante a boa-fé objetiva e a ideia de equilíbrio permanente da relação contratual, que dela deriva (vide o art. 422 deste Código)”. LISBOA, Roberto Senise. Comentários ao código civil / [coordenadores] Carlos Eduardo Nicoletti Camillo... [et al.]. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 485.

4.1. ORIGEM

Considerando as várias teorias desenvolvidas ao longo da história, tem-se que a efetiva origem do instituto da onerosidade excessiva é controversa, especialmente entre os doutrinadores italianos, precursores no desenvolvimento e na positivação do instituto. Situação idêntica ocorre com a doutrina pátria, não havendo consenso.

No entanto, com base na análise prévia das teorias que precederam o desenvolvimento da onerosidade excessiva, possível traçar algumas premissas sobre a origem e as influências teóricas que deram corpo ao instituto.

Embora o Direito Romano não tenha conhecido o contrato bilateral com a configuração atual¹⁸⁶, há registros de referências jurídicas e literárias sobre o instituto nas fontes já do seu período¹⁸⁷, apontando Francesco Macario que a reação contra o fenômeno da excessiva onerosidade superveniente consta, em termos de princípio geral, nas fontes canonistas, derivadas dos tratamentos filosóficos jurídicos romanos.¹⁸⁸

Entretanto, é no curso da Idade Média que o assunto da superveniência ganha relevância central, concomitantemente ao desenvolvimento da teoria do preço justo nas relações contratuais, conforme aponta a Paolo Gallo.¹⁸⁹

Inicialmente, a superveniência era aplicada às hipóteses de alteração das condições contratuais em decorrência de mutações da situação de fato, de sorte que o remédio da resolução

¹⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo código civil (...) Ob. cit. Pág. 717.

¹⁸⁷ “Le radici dell’istituto giuridico della risoluzione per eccessiva onerosità sono rinvenibili già negli scritti di Cicerone e Seneca, pur senza la pretesa di trovarvi una rappresentazione avvicinata all’attuale disciplina contenuta nel codice”. CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Op. Cit. Pág. 1873. Tradução livre: “As raízes do instituto jurídico da resolução por onerosidade excessiva são encontradas nos escritos de Cícero e Seneca, sem a pretensão de encontrar uma representação próxima à disciplina atualmente contida no código”.

¹⁸⁸ MACARIO, Francesco. La risoluzione per eccessiva onerosità *in* LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. Diritto civile, volume III. Ob. cit. P. 1192.

¹⁸⁹ GALLO, Paolo. Trattato del contratto: i rimedi; la fiducia; l’apparenza. V. 3. – Torino : UTET Giuridica, 2010. Pág. 2281.

se dava com base na existência tácita da cláusula *rebus sic stantibus*¹⁹⁰, instituto previamente analisado no capítulo “a superveniência e os diferentes tratamentos”.¹⁹¹

Francesco Macario, ao comentar a disposição do artigo 1467 do Código Civil italiano de 1942, correspondente ao artigo 478 do Código Civil brasileiro de 2002, afirma que o legislador italiano introduziu, de maneira expressa e geral, o princípio da implícita sujeição dos contratos com prestações correspondentes à cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁹²

Com posição diversa, em estudo aprofundado sobre o tema da onerosidade excessiva, Angelo Riccio procura distinguir a cláusula *rebus sic stantibus* da superveniência, de sorte que o princípio da cláusula seria estritamente subjetivo enquanto o princípio da superveniência teria fundamento objetivo, afirmando que o instituto da onerosidade excessiva introduzido no Código Civil italiano é fundamentalmente inspirado no princípio da superveniência contratual, portanto, de cunho mais objetivo.¹⁹³

Com uma terceira posição, Paolo Gallo sustenta que foram as teorias relacionadas à causa do contrato as mais acolhidas pela doutrina e pela jurisprudência italianas na construção da teoria da onerosidade excessiva.¹⁹⁴ No entanto, o próprio autor ressalta que a discussão sobre a causa do contrato é recente na doutrina, coincidindo seu ingresso na tradição jurídica ocidental com o desenvolvimento da figura do contrato consensual.¹⁹⁵

No âmbito internacional, em especial na previsão dos Princípios *Unidroit*, o instituto da onerosidade excessiva é tido como correspondente ao fenômeno da cláusula *hardship* e aos

¹⁹⁰ CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Op. Cit. P. 1873.

¹⁹¹ Sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, verificar o capítulo 2.1.

¹⁹² MACARIO, Francesco. Le Sopravvenienze in Trattato del contratto. Ob. Cit. Pág. 618. No original: “In sostanza, con la (nuova) disposizioine dell’art. 1467 il legislatore introduce, in modo espresso e in via generale, il principio dell’implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus* (sulle tracce del diritto comune se si vuole, quindi in collegamento con una tradizione per nulla estranea alla matrice giuridica più spiccatamente italiana)”.

¹⁹³ RICCIO, Angelo. Eccessiva onerosità in Commentario del código civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano, Libro quarto: obbligazioni art. 1467-1469. – Bolgna : Zanichelli Editore, 2010. Pág. 04/06. No original: “A ben vedere, i sudetti principi non possono assolutamente identificarsi, avendo il principio della clausola *rebus sic stantibus* fundamento soggettivo e il principio della sopravvenienza contrattuale fundamento oggettivo. (...) Il codice civil del 1942, nell’introdurre in via generale l’instituto dell’eccessiva onerosità, si è fundamentalmente ispirato al principio della sopravvenienza contrattuale, fondato sulla teoria oggettiva.”

¹⁹⁴ GALLO, Paolo. Contratto e buona fede. Ob. Cit. Pág. 629.

¹⁹⁵ Idem. Pág. 265/266. Sobre a causa do contrato: MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato in O direito das obrigações na contemporaneidade : estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador); Adalberto Pasqualotto ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. Pág. 331 e ss.

conceitos de *frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* e *imprévision*, sendo escolhido o termo *hardship* para figurar na Seção 2 do Capítulo 6 dos Princípios *Unidroit* por ser amplamente conhecido na praxe do comércio internacional.¹⁹⁶

No Brasil, os primeiros estudos sobre o desequilíbrio contratual se deram já no século XX, com base no desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão. Em razão da ausência de previsão expressa no Código de 1916, o primeiro estudo detido sobre a cláusula *rebus sic stantibus* ocorreu no parecer de Castro Magalhães, negando sua possibilidade de invocação com base no ordenamento pátrio. Posteriormente, em 1923, Jair Lins passa a defender a aplicação da cláusula com base no artigo 85 do Código Civil de 1916, sob o argumento de que as profundas alterações das circunstâncias tornariam o consentimento das partes inexistentes. A partir daí desenvolve-se o debate doutrinário no Brasil, com correntes contra e a favor da aplicação da cláusula e da teoria da imprevisão.¹⁹⁷

Da doutrina para a jurisprudência, em 1930, o então juiz Nelson Hungria admitiu, em primeira instância, a resolução de uma promessa de compra e venda de imóvel firmada dezoito anos antes, com base na equidade e nos princípios gerais de direito, para afastar os efeitos da promessa de compra e venda em virtude da mudança das circunstâncias. No caso, o valor do imóvel havia decuplicado desde a conclusão do contrato, em razão de mudanças imprevisíveis no mercado, decorrentes dos empreendimentos elaborados pela Prefeitura do Município do Rio de Janeiro. A partir da sentença pioneira de Nelson Hungria, segundo Renato José de Moraes, os tribunais pátrios passaram a aplicar a teoria da imprevisão, com destaque para acórdão de 1938 do Supremo Tribunal Federal, oportunidade que se manifestou pela primeira vez a respeito da superveniência.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Vide Princípios *Unidroit*, artigo 6.2.1 e respectivos comentários. Na versão italiana de 2010: “Il fenomeno dell’*hardship* è stato riconosciuto da diversi sistemi giuridici sotto guisa di altri concetti come *frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta, etc. Il termine “*hardship*” è stato scelto in quanto è ampiamente conosciuto nella prassi del commercio internazionale come confermato dall’inserimento in molti contratti internazionali delle c.d. clausole “*hardship*”.”. BONELL, Michael Joachim. Principi unidroit dei contratti commerciali internazionali, versione italiana a cura di Micheal Joachim Bonell in collaborazione con Paola Carlini Prosperetti. – Roma: Istituto Internazionale per l’Unificazione del Diritto Privato, 2010. Pág. 228.

¹⁹⁷ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Pág. 27.

¹⁹⁸ MORAES, Renato José de. Alteração das circunstâncias negociais. Ob. Cit. Pág. 134/135.

Em razão da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão pelos Tribunais pátrios, com menções expressas da expressão “onerosidade excessiva”, possível afirmar que a positivação do instituto da onerosidade excessiva teve cunho mais formal do que substancial. J. M. Othon Sidou destaca que alguns doutrinadores já postulavam a inclusão da condição de enriquecimento inesperado revestido de natureza usurária, além da onerosidade excessiva.¹⁹⁹ De toda sorte a doutrina brasileira contemporânea ainda diverge sobre a origem do instituto.

Para Álvaro Villaça Azevedo, o instituto da onerosidade excessiva contém o reconhecimento moderno da teoria da imprevisão, que admite imanente em todos os contratos a cláusula *rebus sic stantibus*. No entanto, o autor procura destacar a diferença entre onerosidade excessiva e teoria da imprevisão, avaliando a inutilidade da inserção da teoria da imprevisão no instituto positivado no artigo 478 do Código Civil de 2002.²⁰⁰

Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves rejeitam as explicações calcadas na implícita ou presumível vontade dos contratantes, bem como apontam que a regra da onerosidade excessiva não se baseia na cláusula *rebus sic stantibus* por não haver referência no dispositivo sobre as circunstâncias ou sobre o conteúdo do negócio ao tempo da respectiva formação.²⁰¹

Como se vê, a doutrina destoa sobre a real origem do instituto da onerosidade excessiva, tendo em vista a existência de semelhanças com as diversas teorias e o propósito comum de busca pela solução de equilíbrio nas relações negociais. Conforme destaca Renato José de Moraes, no Brasil, as expressões “cláusula *rebus sic stantibus*” e “teoria da imprevisão” foram empregadas de maneira indistinta por décadas, além da utilização da “teoria da base do negócio”

¹⁹⁹ SIDOU, J. M. Othon. Ob. Cit. Pág. 28.

²⁰⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. Cit. Pág. 25/32. “Reconhece-se, modernamente, a teoria da imprevisão, que admite, imanente em todos os contratos, a cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim as coisas). (...) O atual Código Civil Brasileiro, em seu art.478, acolhe a teoria da imprevisão... (...) Em vez do Código Brasileiro e do Italiano acolherem somente a onerosidade excessiva, pura e simplesmente, acolhem a teoria da imprevisão, de difícil aplicação, como venho demonstrando”. No mesmo sentido sobre o acolhimento da teoria da imprevisão pelo artigo 478: BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. – São Paulo : Malheiros Editores, 2002. Pág. 674.

²⁰¹ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. – Rio de Janeiro: Forense – 2007. Pág. 706/707.

em ocasiões pontuais. Assim, considerando as diferenças entre cada uma das figuras, seria impraticável a redução de umas às outras.²⁰²

Com base na análise precedente relativa aos diferentes tratamentos sobre a questão da superveniência nos contratos de prestação diferida ou continuada, algumas semelhanças entre as teorias analisadas e o instituto da onerosidade excessiva são perceptíveis, sendo, contudo, difícil pontuar a sua origem com base em apenas uma das figuras pré-existentes.

Procurando tomar uma posição em relação à origem do instituto, acolhendo a posição de Renato José de Moraes, possível afirmar que a onerosidade excessiva carrega bastante influência da teoria objetiva pandectística alemã e da teoria consensualista francesa.²⁰³ Exige os requisitos da imprevisibilidade (teoria da imprevisão) e do desequilíbrio entre as prestações (quebra da base do negócio).

De toda sorte, independentemente dos diversos pontos de vista doutrinários sobre a origem do instituto da onerosidade excessiva, se fruto da cláusula *rebus sic stantibus* ou da teoria objetiva alemã, importante que se compreenda o seu fundamento para uma adequada aplicação ao caso concreto.

Como bem apontam Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves, o instituto da onerosidade excessiva pontua condições específicas para a aplicação do remédio da resolução, ao passo que afasta a falta de precisão das teorias anteriores, que não precisavam as circunstâncias que poderiam dar ensejo à resolução.²⁰⁴

Embora o legislador brasileiro tenha promovido alterações em relação ao dispositivo correspondente do Código Civil Italiano, fato é que o instituto previsto no artigo 478 do Código Civil Brasileiro especifica de forma expressa os requisitos necessários para que a parte possa se socorrer do remédio da resolução ou da revisão.

²⁰² MORAES, Renato José de. Ob. Cit. Pág. 141.

²⁰³ Idem. Pág. 142.

²⁰⁴ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 713.

4.2. PRESSUPOSTOS

Para que seja possível a resolução ou a revisão do contrato com base no instituto da onerosidade excessiva, de rigor sejam observados os requisitos empregados pela norma, dentre os quais alguns expressos no texto legal e outros, implícitos.

Os pressupostos dizem respeito ao âmbito de aplicação do instituto, bem como aos requisitos substanciais que devem estar configurados para que o conceito jurídico esteja preenchido e o instituto configurado, sujeitando-se o negócio estabelecido entre as partes ao drástico remédio da resolução.

Os pressupostos para a verificação concreta do instituto da onerosidade excessiva são: (i) contrato bilateral; (ii) contrato de execução diferida ou continuada; (iii) onerosidade excessiva; (iv) extrema vantagem; (v) acontecimento extraordinário e imprevisível; (vi) não imputabilidade pelo evento superveniente e culpa e pelo atraso; e (vii) inexistência de vínculo do acontecimento superveniente com a álea normal do contrato.

Renato José de Moraes destaca serem claros e graves os desacordos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o conteúdo de cada um dos requisitos do instituto, conferindo especial ênfase às expressões “onerosidade”, “evento extraordinário e imprevisível” e “álea normal do contrato”.²⁰⁵

Em que pese nem todos os requisitos sejam controversos, de rigor o estudo de cada um deles em razão da exigência da verificação de todos para possibilitar o pedido de resolução ou de revisão do contrato por onerosidade excessiva.

²⁰⁵ MORAES, Renato José de. Alteração das circunstâncias negociais. Ob. Cit. Pág. 141.

4.2.1. TIPOS CONTRATUAIS

Nos termos do artigo 478 do Código Civil, para que seja possível a resolução ou a revisão, o contrato deve conter prestações correspondentes²⁰⁶, considerando que o artigo dispõe sobre a onerosidade excessiva em relação à obrigação de uma das partes e sobre a vantagem extrema para a outra.

Paolo Cendon identifica os contratos com prestações correspondentes como aqueles em que as prestações são indissolúvelmente vinculadas entre elas através de um nexo de interdependência funcional, no sentido que cada uma das prestações tem razão de existir em decorrência da contraprestação.²⁰⁷

No entanto, Ruy Rosado de Aguiar Júnior aponta que a onerosidade é instituto que se aplica a contratos de diferentes espécies, apesar de mais corrente a aplicação aos contratos bilaterais, comutativos e onerosos. Para o autor, o instituto pode ser aplicado aos negócios jurídicos unilaterais, aos negócios jurídicos bilaterais na modalidade de contratos unilaterais e aos contratos aleatórios.²⁰⁸

Paolo Cendon destaca que na Itália tanto a doutrina como a jurisprudência excluem a possibilidade de aplicação do instituto da onerosidade excessiva aos contratos de estrutura associativa, sob o argumento de que os fins e os interesses comuns determinam também a assunção em conjunto dos riscos próprios do negócio.²⁰⁹

No entanto, o afastamento da aplicação aos contratos societários não pode se dar de forma radical, pois, dependendo da situação, a aplicação do instituto se justifica, conforme parecer ofertado por Antonio Junqueira de Azevedo sobre opção de venda de participações

²⁰⁶ GALLO, Paolo. Contratto e buona fede. Ob. Cit. Pág.629

²⁰⁷ CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Op. Cit. P. 1884/1885

²⁰⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Ob. cit. Pág. 886/887.

²⁰⁹ CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Op. Cit. P. 1886/1887. No original: “Quanto poi ai contratti con causa associativa, l’analisi della loro natura (attraverso il caso dei consorzi) ha indotto la giurisprudenza a non ammettere l’assoggettamento alla disciplina di cui all’art. 1467. Dello stesso avviso è la dottrina maggioritaria, la quale esclude dal campo di applicazione della disciplina in esame i contratti associativi, nei quali << si parla di una onerosità soltanto mediata, per l’avviso che, a differenza che nello scambio, la prestazione del socio, prima di tornare a vantaggio degli altri, passa attraverso quel *medium* nel quale tutte le prestazioni si riuniscono e che è il patrimonio sociale >>, anche non è mancato chi ha ritenuto che la funzione associativa non escluderebbe il reciproco condizionamento tra le prestazioni dei soci”.

societárias entre cotistas.²¹⁰ No mesmo sentido aponta Ruy Rosado Aguiar, para quem “nos contratos societários, a excessiva onerosidade consiste na excepcional desproporção entre o sacrifício econômico da parte onerada e a vantagem derivada do contrato”.²¹¹

A regra geral do artigo 478 se aplica aos contratos bilaterais, com prestações correspectivas entre as partes. Porém, o dispositivo do artigo 480 abra caminho para os contratos unilaterais, ou seja, quando as obrigações couberem a apenas uma das partes. Restringe, no entanto, à possibilidade da revisão para redução da prestação ou alteração do modo de execução, vedada, assim, a possibilidade do pleito de resolução.

O contrato unilateral é o negócio jurídico pelo qual as partes estabelecem prestações a cargo de apenas uma delas.²¹² Em regra, são a título gratuito, tais como o contrato de doação, mútuo e depósito sem retribuição.²¹³ Se o estipulante assumir uma obrigação em vista de um fato que lhe seja benéfico, o contrato unilateral será oneroso.

Sendo assim, o artigo 480 tem aplicação para os contratos unilaterais gratuitos e onerosos, desde que contenham prestações de execução diferida ou continuada e os demais pressupostos do artigo 478. A restrição em relação à possibilidade apenas do pedido de revisão tem lugar em razão de o réu ter interesse no cumprimento do contrato, tendo em vista que “o legislador presumiu que essa seria a alternativa ordinariamente escolhida pelo demandado, pois com ela garantiria a conservação do contrato e o benefício que lhe resultaria, ainda que diminuto”.²¹⁴

O raciocínio faz sentido e atende ao princípio da economia processual, direcionando a demanda diretamente à revisão. Se aberta a possibilidade do pedido resolútorio, certamente o demandado pugnaria pela modificação equitativa das condições do contrato, de modo a receber o

²¹⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. – São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 199/218. Nesse sentido: “Em contrato oneroso, mas com prestações não correspectivas, como nos societários, a excessiva onerosidade consiste na excepcional desproporção entre o sacrifício econômico da parte onerada e a vantagem derivada do contrato”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Ob. Cit.* Pág. 888.

²¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Ob. Cit.* Pág. 908.

²¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Ob. Cit.* Pág. 390.

²¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. – 23. ed., ver. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. – São Paulo : Saraiva, 2007. Pág. 80/81.

²¹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Ob. Cit.* Pág. 964.

benefício. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no entanto, pondera que, se a revisão não for suficiente para a retomada da equidade da relação, nada impede que o contrato unilateral seja resolvido.²¹⁵

4.2.2. CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DIFERIDA: O TEMPO COMO FATOR PREPONDERANTE

Questão de suma importância que recai sobre o instituto é o fator temporal, tendo em vista que “na medida em que se distancia no tempo o acordo e sua execução, aumenta a possibilidade da variação das circunstâncias incidentes sobre o contrato”.²¹⁶ Os negócios jurídicos, em especial os contratos de duração, estão sujeitos às variações entre a fixidez das palavras insertas em seus textos e o liame fático liberto e dinâmico.²¹⁷

O fato que torna a prestação excessivamente onerosa e torna possível ao devedor pleitear a resolução do contrato deve impreterivelmente ser superveniente à conclusão do negócio jurídico, o que impossibilita a verificação do instituto para determinadas espécies de contratos.

O instituto tem aplicação apenas aos contratos de execução diferida ou continuada, restando, pois, patente a preocupação do legislador com a dilação temporal do negócio jurídico. Quanto mais distante o cumprimento da obrigação em relação à conclusão do contrato, maiores as chances da superveniência da onerosidade excessiva. Neste sentido, Francesco Macario aponta que o intervalo temporal entre o momento da conclusão do contrato e o momento da execução das prestações (ou ao menos de uma delas) nele contraídas, representa um dado verdadeiramente decisivo, considerando que é justamente durante o lapso de tempo entre a conclusão e o efetivo cumprimento da obrigação que pode surgir situações de onerosidade excessiva.²¹⁸

Requisito explícito contido no dispositivo legal é a necessidade de se tratar de obrigação a ser executada em momento sucessivo à conclusão do contrato, tendo em vista a impossibilidade

²¹⁵ Idem. Pág. 966/967.

²¹⁶ Idem. Pág. 880.

²¹⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual *in* Transformações contemporâneas do direito das obrigações / Mauricio Mota, Gustavo Kloh (organizadores). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pág. 85.

²¹⁸ MACARIO, Francesco. Le sopravvenienze *in* Trattato del contratto, V – Rimedi 2. Op. Cit. P. 624

de ocorrência da onerosidade excessiva nos contratos com cumprimento instantâneo e imediato da obrigação.

Considerando o momento de cumprimento da obrigação, é possível diversificar os contratos em instantâneos e de duração.

Nos contratos instantâneos, o adimplemento por si só esgota a prestação, de sorte que o cumprimento pode se dar de duas maneiras: (i) cumprimento com execução imediata à conclusão do contrato, não havendo lapso temporal entre uma e outro; e (ii) cumprimento com execução diferida para além da conclusão do contrato, em razão da fixação de um termo ou de uma condição.²¹⁹

Além dos contratos instantâneos com possibilidade de execução diferida, existem os contratos de duração ou trato sucessivo, caracterizados pela multiplicidade de prestações desdobradas no tempo, subdividido em duas espécies: (i) execução periódica, em que as prestações devem ser cumpridas em determinados intervalos de tempo; e (ii) execução continuada, com prestação única e ininterrupta.²²⁰

Antonio Junqueira de Azevedo, ao tratar do tempo como elemento condicionante para a configuração da onerosidade excessiva, traz a distinção entre a execução diferida e continuada, nos seguintes termos:²²¹

“Nos contratos de execução diferida, há interesse ou necessidade de que o adimplemento ocorra **em um determinado momento**, após a celebração da avença. 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. Nos outros (os de execução continuada ou periódica), ditos de duração, o tempo corresponde ao “*interesse na satisfação continuada de uma necessidade duradoura*”; ele faz parte da causa final do contrato.”

²¹⁹ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 709/710. Os autores fazem menção aos contratos de execução diferida continuada, exemplificando com a promessa de compra e venda: “Renunciando os figurantes à prestação única, e diferindo-a ao longo do tempo, como sucede na promessa de compra e venda com o preço a cargo do promissário, se cuidará de contrato de execução diferida continuada”.

²²⁰ Idem. Pág. 710.

²²¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. – São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 207.

Em termos técnicos, portanto, o dispositivo do artigo 478 do Código Civil afasta a possibilidade de aplicação do instituto da onerosidade excessiva em relação aos contratos instantâneos de execução imediata.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no entanto, faz referência a uma espécie peculiar de contrato, hipótese em que a satisfação do credor acontece em certo momento específico, mas, para que se alcance o adimplemento, requer a prática de atos que se desdobram no tempo. São os contratos de execução prolongada, que exigem a prática de atos durante certo lapso de tempo para se alcançar a efetiva prestação e, portanto, plena satisfação do credor.²²² O autor utiliza como exemplo os contratos de empreitada e de transporte.

Na hipótese de desequilíbrio originário das obrigações contratuais e, portanto, recaimento de onerosidade excessiva sobre a prestação de uma das partes, estar-se-ia diante do instituto da lesão²²³, estado de perigo²²⁴ ou do erro²²⁵, correspondentes aos defeitos do negócio jurídico.²²⁶ Cumpre distinguir, outrossim, que os institutos da lesão, estado de perigo e erro tem como consequência a anulação do negócio jurídico, enquanto o instituto da onerosidade excessiva permite a resolução e, inclusive, a manutenção do contrato mediante a readequação da prestação desproporcional. Como forma de distinguir o instituto ora em análise da lesão, do erro e do estado de perigo, comum a utilização da expressão “onerosidade excessiva *superveniente*”. De toda sorte, em consonância com a nomenclatura utilizada pelo legislador, tecnicamente a expressão “onerosidade excessiva” é suficiente para caracterizar o instituto previsto no artigo 478, 479 e 480 do Código Civil.

Conforme esclarece Arruda Alvim, para que possam ser aplicados os institutos da *lesão* e do *estado de perigo*, não há necessidade de “que se trate de contrato de trato sucessivo ou de

²²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 884.

²²³ **Art. 157.** Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

²²⁴ **Art. 156.** Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

²²⁵ **Art. 138.** São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

²²⁶ Neste sentido: “Essas, pois, são as diferenças entre a onerosidade excessiva *superveniente* e o estado de perigo e a lesão especial, porque o campo de atuação dos dois últimos dá-se na formação contratual depauperada, ao contrário da imprevisão incidental, a qual, diga-se de passagem, reflete bem mais um desequilíbrio econômico do que significativo”. MARTINS, Fernando Rodrigues. Ob. cit. Pág. 400.

adimplemento dilargado no tempo”, diferenciando-se da *onerosidade excessiva* sobre a preponderância da questão temporal.²²⁷

Para dar relevância à questão temporal nos programas contratuais, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke traz a metáfora do *ponto* e da *linha*, aduzindo que “se por um lado a contemporaneidade é responsável por desvelar dinamicidade e relatividade, por outro lado determina, em seus excessos, não se conheçam mais as noções de *continuidade* e *permanência*”. Como aponta o autor, pelo contrato as partes procuram domesticar os eventos futuros, dando origem ao choque entre a fixidez das disposições contratuais com o advento de circunstâncias que venham alterar a relação.²²⁸

Segundo Vincenzo Roppo, tendo em vista que o legislador considera a possibilidade de a prestação se tornar excessivamente onerosa em sede de execução do contrato, a resolução somente tem aplicação se o contrato não foi completamente cumprido.²²⁹ A afirmativa parece óbvia, pois um contrato extinto em razão do adimplemento não pode ser passível de resolução pela via da onerosidade excessiva, considerando que o pleito cabe à parte devedora de uma prestação ainda em vias de ser executada.²³⁰

No entanto, uma vez inteiramente cumprida a obrigação que tenha se tornado excessivamente onerosa, ainda sim será possível a revisão do contrato, com conseqüente elevação do valor da prestação já adimplida. Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma ainda haver a possibilidade de pedido subsidiário sobre “o ressarcimento dos prejuízos sofridos com o gasto extraordinário, provando sua causa”.²³¹ Além do posicionamento doutrinário, Ruy Rosado de Aguiar Júnior teve a oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade de revisão do contrato já

²²⁷ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. Ob. Cit. Pág. 56.

²²⁸ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual *in* Transformações contemporâneas do direito das obrigações / Mauricio Mota, Gustavo Kloh (organizadores). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pág. 89.

²²⁹ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 1018.

²³⁰ Neste sentido: “Evidentemente, fatos que ocorreram (= nasceram) após a extinção do contrato se revelam, por definição, inidôneos a provoca desequilíbrios em contrato já exaurido sem a sua influência. Na lógica da imprevisão, o fato superveniente impede ou dificulta o adimplemento, e, por conseguinte, se situa após o nascimento do contrato, mas antes do seu fim. Não é admissível, portanto, revisar o contrato alegando eventos posteriores à sua extinção”. ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 714.

²³¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 889.

cumprido quando ocupava o posto de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que foi acompanhado por unanimidade por seus pares.²³²

Ao analisar a aplicação do instituto aos contratos de execução diferida, Paolo Cendon aponta a impossibilidade de aplicação da resolução aos contratos de compra e venda com efeitos reais imediatos, em especial sobre a venda de coisas determinadas.²³³ Paolo Gallo tem entendimento no mesmo sentido e justifica que, em matéria de contratos com efeitos reais, a resolução só pode ser requerida antes do efeito translativo ou constitutivo, não sendo possível caso já tenha ocorrido o transferimento da propriedade com a troca de consentimento.²³⁴

O entendimento dos juristas italianos é pautado sobre a orientação jurisprudencial da Corte de Cassação Italiana, em especial sobre a sentença n. 7876, proferida em 04 de agosto de 1990, na qual restou consignado que na venda com efeito real em que se convencionou a entrega diferida do bem ou do pagamento do preço, o vendedor não pode se valer da ação de resolução por onerosidade excessiva, quando, entre a data da estipulação e data da entrega, tenha ocorrido uma notável desvalorização monetária, pois o evento, ainda que imprevisível e extraordinário, não implica em onerosidade excessiva da única prestação remanescente, que é o transferimento

²³² O acórdão em questão recebeu a seguinte ementa: “CONTRATOS BANCÁRIOS. Contrato de adesão. Revisão. Continuidade negocial. Contratos pagos. O fato de o obrigado cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão não o impede de vir a Juízo discutir a legalidade da exigência feita e que ele, diante das circunstâncias, julgou mais conveniente cumprir. Se proibida a sua iniciativa, estará sendo instituída, como condição da ação no direito contratual, a de ser inadimplente, o que serviria de incentivo ao descumprimento dos contratos. Além disso, submeteria o devedor à alternativa de pagar e perder qualquer possibilidade de revisão, ou não pagar e se submeter às dificuldades que sabidamente decorrem da inadimplência. Recurso conhecido e provido.” STJ, REsp n. 293.778/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 29.05.2001.

²³³ No original: “Si applica, altresì, ai contratti (istantanei) ad esecuzione differita (vendita a termine di cose fungibili), mentre non si applica nelle vendite con effetto reale immediato (vendite di cose determinate), anche se sia convenuto il differimento della consegna della cosa e del pagamento del prezzo, perché la cosa è già entrata (art. 1376 c.c.), al momento della conclusione del contratto, nel patrimonio dell’acquirente”. CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Ob. Cit. Pág. 1885.

²³⁴ No original: “In base all’insegnamento corrente, poiché stando alla lettera dell’art. 1467, 1° comma, c.c., la risoluzione può essere chiesta soltanto dalla parte la cui prestazione sia diventata eccessivamente onerosa, ne conseguirebbe che in materia di contratti ad effetti reali, la risoluzione potrebbe essere domandata solo prima che abbia luogo l’effetto traslativo o costitutivo. a) Se dunque ha già avuto luogo il trasferimento della proprietà in virtù dello scambio dei consensi (art. 1376 c.c.), risulta esclusa la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto. Secondo la giurisprudenza, l’obbligazione che residua è esclusivamente quella di consegnare, la quale difficilmente potrebbe diventare eccessivamente onerosa”. GALLO, Paolo. Contratto e buona fede. Op. Cit. P. 629/630.

da posse da coisa, não havendo relevância o fato de ter sofrido aumento o valor do bem que já entrou no patrimônio do adquirente.²³⁵

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao tratar das peculiaridades que podem surgir nos contratos reais, escorado no posicionamento do jurista italiano Vincenzo Roppo, traz entendimento diverso de Paolo Cendon e Paolo Gallo, apontando que “uma venda com efeito real imediato, mas com pagamento diferido, submete-se ao regime da onerosidade; também, ao inverso, uma venda com pagamento imediato, e efeito real diferido”.²³⁶

De toda sorte, a regra geral sobre a execução continuada ou diferida não impõe um lapso temporal mínimo, bastando que o evento imprevisível e extraordinário ocorra em momento posterior à conclusão do contrato para que o devedor possa se valer do pedido de resolução do negócio jurídico, e desde que a prestação tenha se tornado excessivamente onerosa com extrema vantagem à parte credora.

Portanto, basta que a execução não seja imediata à conclusão e que haja um interregno de tempo suficiente para o acontecimento imprevisível e extraordinário, não sendo relevante a quantificação do lapso de tempo decorrido entre a conclusão do contrato e a superveniência do fato, “porque de um dia para o outro as circunstâncias podem ser alteradas substancialmente, como aconteceu com o bloqueio dos depósitos bancários por força do Plano Collor”.²³⁷

²³⁵ No original: “Nella vendita con effetto reale in cui sia convenuto il differimento della consegna del bene o del pagamento del prezzo, il venditore non può esperire l’azione di risoluzione per eccessiva onerosità ove tra la data della stipulazione e quella della consegna sia intervenuta una notevole svalutazione monetaria, perché quell’evento, ancorché straordinario ed imprevedibile, non determina un’onerosità eccessiva dell’unica prestazione ancora dovuta dal venditore, che è il trasferimento del possesso o, addirittura, della detenzione della cosa, mentre nessuna rilevanza possono avere l’aumentato valore della cosa stessa, già entrata nel patrimonio dell’acquirente o il diminuto potere di acquisto del corrispettivo pecuniario ancora dovuto, che rappresenta l’equivalente del trasferimento della proprietà – già avvenuto – e non del conseguenziale possesso” (Cass. Civ., Sez. II, 4 agosto 1990, n. 7876, *MGI*, 1990).

²³⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 887. No original de Vincenzo Roppo: “Una vendita con effetto reale immediato ma pagamento dilazionato è invece soggetta al rimedio, per il differimento della prestazione relativa al prezzo; così pure una vendita con pagamento immediato ed effetto reale differito (perché ad es. di cosa altrui o generica o futura); così pure una permuta fra cosa presente e cosa futura.”. ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 947.

²³⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 898.

4.2.3. NÃO IMPUTABILIDADE PELO EVENTO SUPERVENIENTE E CULPA PELO ATRASO

Os dispositivos legais correspondentes ao instituto são silentes sobre as hipóteses de: (i) culpa do devedor pela ocorrência do evento superveniente; e (ii) mora do devedor quando da superveniência do evento.

Não há dúvida que a resolução e a revisão são possíveis quando o fato superveniente ocorrer após a conclusão do contrato e antes do implemento do termo ou da condição, mesmo quando os remédios forem pleiteados após o prazo previsto para o cumprimento ou após a verificação da condição estabelecida, tratando-se, nas palavras de Nelson Borges, de “mora pós-existente”.²³⁸

Por outro lado, é possível afirmar que o devedor em mora quando da superveniência da onerosidade excessiva não faz jus ao remédio da resolução, com base na interpretação sistemática que se faz da disposição contida no artigo 399 do Código Civil, que dispõe que o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação.²³⁹

Interpretando com base no artigo 399, o entendimento é o de que o devedor em mora não pode invocar a resolução ou a revisão, caso não prove isenção de culpa. Como bem aponta Agostinho Alvim, utilizando as palavras de Valverde y Valverde: “A norma fundamental nesta matéria é que o devedor está obrigado a efetuar a prestação devida de um modo completo, e no tempo e lugar determinados na obrigação”.²⁴⁰

²³⁸ BORGES, Nelson. Ob. cit. Pág. 315. Assevera o autor: “Por tal motivo, aquele que pretenda fazer uso do remédio jurídico de abrandamento do rigor da regra *pacta sunt servanda* deverá exercitar sua pretensão antes do vencimento da obrigação contratada, sob pena de se ver constituído em mora nas exigências positivas e líquidas, ou após interpelação, nas ilíquidas (art. 960 do atual e art. 396 do novo CC). Essa a regra geral. Entretanto, a confirmá-la, exceção existe a que se poderia chamar de uma autêntica *atenuação* do rigorismo dos efeitos da mora. Ocorrerá quando a *alteração da base negocial* tiver ocorrido *antes do estado moratório* e, por qualquer razão, não tiver sido denunciada. Uma hipótese clara e indiscutível de *mora pós-existente* à imprevisibilidade.”

²³⁹ **Art. 399.** O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

²⁴⁰ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. – 5.ed. – São Paulo : Saraiva, 1980. Pág.05.

Angelo Riccio destaca a divergência doutrinária na Itália. Segundo o autor, parte da doutrina defende que a superveniência da onerosidade excessiva permite a liberação do devedor através da resolução ou da revisão do contrato somente se não lhe for imputável o evento superveniente e se não for culpado pelo inadimplemento. No entanto, o autor destaca a corrente doutrinária que entende possível o pleito judicial da resolução mesmo na hipótese de imputabilidade do devedor sobre o atraso no cumprimento da obrigação que tenha se tornado excessivamente onerosa.²⁴¹

A corrente doutrinária italiana que entende possível a resolução do contrato mesmo quando a superveniência da onerosidade excessiva tenha ocorrido durante a mora do devedor, limita a aplicação do remédio às hipóteses de *simples atraso*. Estabelece, assim, curiosa distinção sobre duas hipóteses de inadimplemento²⁴²: (i) simples atraso, o que permite a resolução por onerosidade excessiva; e (ii) formal constituição em mora, impedindo o uso do remédio. Portanto, até a formal constituição em mora, segundo esta corrente doutrinária, é possível que o devedor faça o uso do instituto para resolver ou revisar a prestação atingida pela onerosidade excessiva.²⁴³

Questão importante também é levantada por Vincenzo Roppo, que faz distinção entre o retardamento legítimo e o imputável, de sorte que o primeiro está relacionado ao inadimplemento justificado pela exceção do contrato não cumprido. Assim, para o retardamento legítimo, perfeitamente cabível a resolução do contrato, enquanto no atraso imputável o devedor restará obstado de fazer o uso do remédio resolutório.²⁴⁴

²⁴¹ RICCIO, Angelo, Ob. Cit. Pág. 291/292.

²⁴² Sobre o inadimplemento, Agostinho Alvim pontua a diferença entre inadimplemento absoluto e mora da seguinte maneira: “Todavia, a apreciação da possibilidade ou impossibilidade de ser ainda cumprida a obrigação é decisiva, segundo o ensinamento comum, para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto, e esta distinção, por sua vez, é de magna relevância, já que umas são as consequências do inadimplemento absoluto, outras as da mora. Basta considerar que esta última pode ser purgada, não assim o inadimplemento absoluto.”. ALVIM, Agostinho. Ob. Cit. Pág. 37/38.

²⁴³ No original: “In dottrina si è distinto tra semplice ritardo nell’adempimento e formale costituzione in mora, e si è conseguentemente ritenuto applicabile il rimedio di cui all’art. 1467, solo nel primo caso. Il debitore responsabile del ritardo, ma non ancora costituito in mora, infatti, potrebbe agire ai sensi dell’art. 1467 per la eccessiva onerosità sopravvenuta durante il ritardo, ma rimarrebbe comunque obbligato ai sensi degli art. 1218 e 1223 a risarcire al creditore i danni, compresi quelli derivanti dall’applicazione dell’art. 1467, nei limiti in cui i danni stessi possano configurarsi come conseguenza immediata e diretta del ritardo: danni che possono essere maggiori o minori del beneficio che il debitore ritrae dall’applicazione dell’art. 1467”. RICCIO, Angelo. Ob. Cit. Pág. 60/61.

²⁴⁴ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 949.

Paolo Cendon e Angelo Riccio destacam a importância de se analisar o comportamento do devedor na execução da prestação devida, de forma a se verificar se a superveniência tenha alguma relação com o eventual atraso no cumprimento da obrigação, seja na hipótese de inadimplemento ou de abuso do direito de fruição do termo de adimplemento.²⁴⁵

A posição doutrinária italiana vai ao encontro da posição doutrinária brasileira, que acolhe a teoria do *simples atraso*, cujo entendimento é no sentido de que o devedor deve arcar com os efeitos de sua inadimplência, caso já tenha sido constituído em mora, não lhe sendo possível o uso do remédio. Por outro lado, se o atraso tiver como justificativa a exceção do contrato não cumprido, permanece o devedor legitimado a pleitear a resolução ou a revisão do contrato.²⁴⁶

Por fim, há que se ressaltar que a parte que eventualmente tenha ensejado o evento superveniente causador da onerosidade excessiva à própria prestação não terá o direito de invocar o instituto, considerando que “o lesado não pode se beneficiar da própria torpeza”. Não obstante, caso a conduta lesiva seja da parte beneficiada com o evento superveniente, estará configurada a infração contratual, pois a onerosidade excessiva exige um evento externo à relação.²⁴⁷

Percebe-se, portanto, que o comportamento dos contratantes prepondera para a aplicação do instituto, de sorte que a boa-fé da parte deve estar configurada para que seja possível a resolução ou a revisão do contrato.

²⁴⁵ CENDON, Paolo. Ob. Cit. Pág. 629/630; RICCIO, Angelo. Ob. Cit. Pág. 61/62 e Pág. 293/323.

²⁴⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 889/890.

²⁴⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual. Ob. Cit. Pág. 110. O autor entende que o ato lesivo caracteriza inadimplemento, apontando: “Esse caráter *exterior* remete ao contexto: necessariamente há de ter havido mudança na realidade que circunda e encharca a contratação, e daí ter ocasionado modificação no liame de equilíbrio do negócio; qualquer motivo *interior* ao vínculo só pode ser considerado enquanto inadimplemento da contratação.”.

4.2.4. ONEROSIDADE EXCESSIVA

A onerosidade excessiva é o principal fator do instituto, motivo pelo qual a situação das partes sofre modificação substancial a ponto de ensejar o radical remédio da resolução, ou da revisão.

A expressão “*onerosidade excessiva*” representa típico conceito jurídico vago²⁴⁸, pelo que sua interpretação em cada caso concreto é de extrema relevância para aplicação do instituto, exigindo do intérprete o preenchimento conforme as circunstâncias da relação negocial afetada pela superveniência.

A *onerosidade excessiva* pode ser verificada de duas maneiras: (i) direta, quando torna a própria prestação excessivamente onerosa; ou (ii) indireta, hipótese em que a contraprestação tem sua utilidade substancialmente reduzida.²⁴⁹ Mas, com base na interpretação literal, é possível afirmar que o requisito da “*onerosidade excessiva*” deve atingir apenas a prestação de uma das partes, no caso, a prestação do devedor,²⁵⁰ considerando que o próprio texto legal dispõe sobre a

²⁴⁸ Tecnicamente é possível distinguir princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos (indeterminados) –, em que pese todos os três necessitem de “preenchimento” para as respectivas plenas aplicações aos casos concretos. Karl Larenz classifica as três hipóteses – princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados – como “módulos indeterminados que exigem receber um conteúdo”: “La más moderna doctrina jurídica del método há señalado que es absolutamente imposible captar e incluir por completo en una tupida red de conceptos la inagotable diversidad de las relaciones vitales, que siempre se hallan en transformación. De hecho, el legislador actual, así como el Código civil, utilizan, junto a conceptos fijos, *módulos indeterminados que requieren recibir un contenido* (como, por ejemplo, la <<buena fe>>, <<motivo relevante>>, <<extraordinario>>, <<inexigible>>) cuya aplicación requiere una valoración en cada caso”. LARENZ, Karl. Derecho civil, parte general. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Pucavea. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1978. Pág. 88; Maurício Requião explica que o conceito indeterminado ou vago é formado por uma estrutura semântica vaga, mas que não gera, em regra, controvérsias linguísticas, mas controvérsias interpretativas quanto ao conteúdo, ao escopo, ao melhor atendimento ao valor protegido pela norma. REQUIÃO, Maurício. Ob. Cit. Pág. 43; Por sua vez, Judith Martins-Costa esclarece que a diferença técnica está entre os conceitos indeterminados que se referem a realidades fáticas e os conceitos indeterminados que aludem a valores, de sorte que os primeiros podem ter o seu significado tornado preciso com base nas regras de experiência, sem que se tenha que se valer das instâncias valorativas meta ou extrajurídicas que caracterizam as cláusulas gerais. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Pág. 325.

²⁴⁹ Neste sentido, interessante o exemplo trazido por Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves: “João se obrigou a entregar várias peças de mobiliário para Alberto, recebeu o preço antecipadamente, mas o custo de fabricação triplicou desde a conclusão do negócio até a data da entrega.. Por sua vez, no caso de o evento afetar a contraprestação – v.g., João se obrigou a entregar alfaias no prazo de noventa dias, obrigando-se Alberto a pagar o preço fixo em três parcelas, ocorrendo inesperada desvalorização da moeda após o pagamento da primeira”. ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 720/721.

²⁵⁰ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 720. Segundo os autores: “A onerosidade excessiva atinge a prestação de um devedor em particular”.

necessidade de “*vantagem extrema*” da parte contrária, ou seja, do credor. Portanto, o requisito da “*onerosidade excessiva*” deve recair apenas sobre a prestação devida.²⁵¹

Em termos de comparação, vale trazer a controvérsia doutrinária italiana sobre o requisito da “*onerosidade excessiva*”, considerando, sobretudo, que o dispositivo correspondente do Código Civil italiano não exige de forma expressa o requisito da “*extrema vantagem*” da parte credora para a configuração do instituto.

A doutrina italiana debate duas orientações contrapostas. Uma corrente analisa o aspecto da onerosidade exclusivamente sob o prisma da prestação da parte agravada, atentando-se ao dado meramente literal. A segunda corrente, considerada a mais adequada por Paolo Cendon, exige a confrontação entre as posições contratuais, considerando que a onerosidade excessiva só pode ser valorada com base na contraprestação, atendendo a uma interpretação teleológica do dispositivo contido no artigo 1467 do Código Civil Italiano.²⁵²

O debate da doutrina italiana abriu caminho para duas interpretações acerca da delimitação do requisito da “*onerosidade excessiva*”, quais sejam: *critério subjetivo* e *critério objetivo*.

Pelo *critério subjetivo*, a onerosidade deve ser analisada sob o prisma único do devedor, avaliando a proporção entre o valor da prestação para se alcançar o resultado, em dois momentos distintos: na conclusão do contrato e no momento do cumprimento.²⁵³ Esta base interpretativa se aproxima da previsão contida no artigo 317, que dispõe sobre a possibilidade de revisão quando sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da sua execução.

²⁵¹ Conforme analisado anteriormente, esta é uma diferença preponderante em relação aos dispositivos dos artigos 317 e 478, visto que naquele o pedido de revisão do contrato é possível tanto para o devedor como para o credor, enquanto neste fica restrito ao devedor.

²⁵² No original: “Secondo l’impostazione dottrinale corrente (Borselli 1960, 334; Tartaglia 1980, 163 ss.; Bianca 1994, 385 e 395; Sacco 1993, 660 ss.) e la prevalente giurisprudenza (Cass. civ. 4114/1984; Cass. civ. 3005/18982; Cass. civ. 854/1982; Cass. civ. 5905/1980; Cass. civ. 379/1952) l’eccessiva onerosità andrebbe valutata sulla base di un giudizio di raffronto della prestazione con la controprestazione, tenendo conto delle variazioni intervenute con riguardo al rapporto di valore tra prestazione e controprestazione, o a causa della diminuzione del valore della controprestazione”. CENDON, Paolo. Op. Cit. P. 1904

²⁵³ FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo código civil brasileiro. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004. Pág. 91.

Já com base no *critério objetivo*, o qual prepondera e serve de base para o instituto, a onerosidade da prestação deve ser considerada frente à contraprestação, comparando-se o seu valor ou ao modo de prestá-la e a comutatividade com a contraprestação no momento da conclusão com o momento da execução. Para que seja caracterizada a onerosidade excessiva, de rigor que haja substancial diferença tanto no valor da prestação como na equivalência com a contraprestação. Portanto, o critério objetivo abrange o foco para além da prestação do devedor.²⁵⁴

Utilizando-se das palavras de Reinhard Zimmermann, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke pondera que as obrigações e as contraobrigações não podem ser vistas isoladamente, pois partilham de um mesmo destino, considerando que, se uma delas se extingue ou se altera, o mesmo há de ocorrer com a outra que ainda estiver em aberto.²⁵⁵

Excessiva é aquela onerosidade que comporta uma notável alteração da relação original entre as prestações, configurando uma situação de desequilíbrio dos respectivos valores, sendo necessário que o evento extraordinário e imprevisível determine um agravo patrimonial que altere a equivalência original da relação contratual, incidindo sobre o valor de uma prestação em relação à outra ou fazendo diminuir ou cessar a utilidade da contraprestação.²⁵⁶

Com base no viés objetivo, o requisito da “onerosidade excessiva”, de fato, deve recair sobre a prestação do devedor, mas sopesado em relação à prestação do credor, o que suscita a dúvida sobre o sentido da expressão “extrema vantagem” contida no dispositivo do artigo 478. Seria um requisito a mais ou o critério objetivo de interpretação do requisito da “onerosidade excessiva” seria bastante?

Considerando que a interpretação objetiva do requisito da “onerosidade excessiva” é o que prepondera, a conclusão que se chega é que a expressão “extrema vantagem” incluída pelo

²⁵⁴ Nesse sentido: “A onerosidade excessiva passa a existir a partir do momento em que o sacrifício patrimonial, materializado na prestação pactuada que incumbe a qualquer das partes, está para além, muito além, do que foi objetivamente pactuado; já não se pode mais falar em equivalência patrimonial que ela portava com a contraprestação. (...) Em conclusão, a onerosidade excessiva deve ser apurada objetivamente, decorrente de fato superveniente causador de agravo notável ao valor da prestação ou ao modo de prestá-la, excedente à previsível oscilação dos valores das prestações e das condições do negócio, tendo em conta a ordinária flutuação do mercado, com maior risco do que eventualmente as partes possam assumir.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 907/910.

²⁵⁵ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual. Ob. Cit. Pág. 96.

²⁵⁶ CENDON, Paolo. Ob. Cit. Pág. 1903.

legislador brasileiro é desnecessária. Se o requisito da “onerossidade excessiva” deve ser analisado com base no equilíbrio entre prestação e contraprestação, há implicitamente a indicação sobre a desvantagem do devedor e a vantagem do credor, pelo que a expressão “vantagem extrema” é redundante e apenas dificulta a interpretação e a aplicação do instituto. Impõe-se um ônus de prova a mais àquele que pretender se valer do instituto da onerosidade excessiva para resolver ou revisar um contrato.²⁵⁷

Retomando a análise do requisito da “onerossidade excessiva”, de prontidão é possível afirmar que o termo “excessiva” exclui do campo de alcance do instituto as modificações que não alterem substancialmente a comutatividade das obrigações contraídas pelas partes. Se a onerosidade superveniente estiver dentro do que as partes previram ou do que normalmente está previsto no tipo de negócio pactuado, em regra, não haverá que se falar em excessividade. “Excessiva é a onerosidade que está além da álea normal do contrato”.²⁵⁸

O pressuposto decisivo e substancial da onerosidade excessiva suscita duas questões preponderantes. A primeira levanta a problemática relativa à própria definição jurídica de onerosidade da prestação, se deve ser entendida como uma chave de leitura objetiva ou subjetiva em relação à prestação devida pelo contraente. A segunda questão é relativa à determinação do limiar em que a onerosidade se torna efetivamente excessiva.²⁵⁹ A carga subjetiva do que é excessivamente oneroso a uma das partes exige detida atenção do intérprete ao caso concreto, assim como a tarefa de apontar a partir de qual valor é possível configurar o excesso de onerosidade.

Vale ressaltar que a onerosidade pode ser parcial, atingindo apenas algumas prestações da obrigação, hipótese em que o remédio terá efeitos restritos ao conteúdo afetado. Importa, no entanto, que para configurar a onerosidade excessiva deve estar caracterizado um obstáculo, no sentido de haver uma alteração do equilíbrio patrimonial entre as prestações, cujo parâmetro de comparação é a diversidade dos custos ou valores da mesma prestação, bem como um sacrifício

²⁵⁷ Considerando que o ônus da prova no Processo Civil (art. 333, inciso I, CPC/73; art. 373, inciso I, CPC/2015) incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

²⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 906.

²⁵⁹ MACARIO, Francesco. *Le sopravvenienze in Trattato del contratto*, V – Rimedi 2. Ob. Cit. Pág. 630.

ao devedor, que se determina segundo uma valoração comparativa (antes e depois da superveniência) da relação de valores entre as prestações.²⁶⁰

4.2.5. EXTREMA VANTAGEM

A “extrema vantagem” para o credor é requisito explícito para que se verifique o instituo da onerosidade excessiva. Considerando o paradigma italiano, percebe-se que o legislador brasileiro procurou inovar ao introduzir o requisito ora em comento.

Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves justificam que o legislador pátrio se inspirou em Pontes de Miranda, para quem: “É preciso que, a par da *onerosidade excessiva*, haja, para o credor, lucro *inesperado e injustificável* conforme o tráfico. Não há limite *a priori* para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo”.²⁶¹

Muitas são as críticas sobre o requisito da extrema vantagem do credor, apontando Paulo Lôbo que a exigência introduzida no Código Civil vai de encontro à evolução da jurisprudência dos Tribunais pátrios.²⁶²

O requisito limita a amplitude do instituo da onerosidade excessiva, considerando que o agravo pelo fato superveniente se verifica para o devedor. No sentido do quanto já exposto quando da análise do requisito da “onerosidade excessiva”, Ruy Rosado de Aguiar Júnior ressalta a dificuldade, senão impossibilidade, de demonstrar a vantagem extrema, justificando que a vantagem da contraparte é presumida.²⁶³

²⁶⁰ MACARIO, Francesco. Le sopravvenienze in Trattato del contratto, V – Rimedi 2. Ob. Cit. Pág. 632.

²⁶¹ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 721.

²⁶² LÔBO, Paulo. Ob. Cit. Pág. 206.

²⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 911. “O requisito da extrema vantagem para a outra parte, constante do art. 478, se interpretado literalmente, limitaria em demasia o âmbito de abrangência da cláusula, pois a onerosidade é dificuldade que recai sobre o devedor, pouco importando a situação do credor. Sendo do agravado o ônus da prova da existência dos pressupostos para o reconhecimento da onerosidade, muitas vezes lhe será difícil, se não impossível, demonstrar a vantagem do outro figurante, Por isso, há de se ter, por presunção *iuris tantum*, que a vantagem da contraparte é presumida.”.

De fato há que se considerar que o requisito da “onerosidade excessiva” implica em desequilíbrio entre as prestações, onerando sobremaneira o devedor e conferindo vantagem ao credor. Se esta situação superveniente estiver fora do que as partes previram ao concluir o contrato ou fora da álea comum do tráfico negocial, a presunção é que a onerosidade excessiva sobre a prestação do devedor importe em uma vantagem para o credor.

Para Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke “trata-se de uma infeliz criação do legislador”, considerando ele que “a maioria das situações apresente prejuízos para apenas uma das partes, sem a contraparte de vantagem”.²⁶⁴ No entanto, ousamos discordar em parte, trazendo a indagação formulada por Laura Coradini Frantz: “poderia o contratante que não é prejudicado pela onerosidade conseguir realizar no mercado um contrato nas mesmas condições?”.²⁶⁵

O raciocínio é simples. Considerando o fato superveniente que torne a prestação excessivamente onerosa, de certo, na hipótese de contratação inicial nestas novas condições, o valor da contraprestação seria diverso e, portanto, implicaria aumento do custo para o credor. Portanto, se mantida a contraprestação do credor nos mesmos moldes em que fixadas quando da conclusão do contrato frente à prestação excessivamente onerosa do devedor, claramente estará aquele em vantagem em relação a este. Por exemplo, o raciocínio utilizado pelo legislador pátrio na Lei do Inquilinato, permitindo a revisão do valor do aluguel para ajustá-lo ao preço de mercado.²⁶⁶

Em termos de comparação, os Códigos Civis que contêm previsão sobre resolução ou revisão por onerosidade excessiva, seja adotando ou não o paradigma italiano, não exigem a demonstração da vantagem extrema. Basta analisar as disposições correspondentes: Código Civil da Itália, artigo 1.467; Código Civil de Portugal, artigo 437; Código Civil da Argentina, artigo 1.198; Código Civil da Alemanha, § 313; Código Civil da Bolívia, artigo 581; Código Civil da

²⁶⁴ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual. Ob. Cit. Pág. 110.

²⁶⁵ FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo código civil brasileiro. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004. Pág. 168.

²⁶⁶ Lei n. 8.245 de 1991. Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato, ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Holanda, artigo 6 : 258; Código Civil do Peru, artigo 1440; Código Civil do Paraguai, artigo 672.²⁶⁷

4.2.6. ALEA NORMAL E CONTRATOS ALEATORIOS

Segundo Paulo Lôbo, “álea tem origem terminológica latina, com o significado de dado de jogar ou jogo de sorte”.²⁶⁸ O tema da álea contratual é tratado há bastante tempo pela doutrina, diferenciando os contratos comutativos dos contratos aleatórios, como uma forma de subdivisão dos contratos onerosos.

Nos contratos comutativos as prestações de cada uma das partes são equivalentes, havendo certeza objetiva a esse respeito desde a conclusão. De outra parte, nos contratos aleatórios, não há certeza sobre a proporcionalidade entre a vantagem e o sacrifício das obrigações contraídas pelos contratantes.²⁶⁹ Enquanto nos contratos comutativos os contraentes conhecem suas respectivas prestações, nos contratos aleatórios ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da conclusão do contrato, vindo a ser conhecido quando da execução do contrato ou do cumprimento da prestação.²⁷⁰ Vale ressaltar, no entanto, que mesmo os contratos comutativos comportam para ambas as partes, além das vantagens e dos sacrifícios, certos riscos inerentes ao próprio negócio.

Ao tratar dos contratos aleatórios, Ruy Rosado de Aguiar Júnior traz a distinção entre álea e risco, no sentido de afirmar que o contrato aleatório “não se confunde com o contrato de risco”. O autor se vale das palavras de Jorge Mosset Iturraspe para dizer que álea é uma probabilidade de uma vantagem com a inerente probabilidade de uma perda, pelo que o risco é a probabilidade de um dano.²⁷¹ A distinção comporta acolhida para afirmar que a acepção do termo

²⁶⁷ Vide capítulo 1.1.5.

²⁶⁸ LÔBO, Paulo. Ob. Cit. Pág. 102. No mesmo sentido: “O vocábulo *aleatório* é originário do latim *Alea*, que significa sorte, perigo, azar, incerteza de fortuna, indicando, portanto, um ato dependente do acaso.”. DINIZ, Maria Helena. Ob. cit. Pág. 83.

²⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 891.

²⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit. Pág. 401.

²⁷¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 892. Sobre o tema: “Como último postulado tem-se a distribuição dos riscos e ônus contratuais, que se refere não somente ao dever de prestação, mas, além disso, à segurança que do

“risco” no tratamento da álea do contrato e dos contratos aleatórios se restringe à possibilidade de ganho ou perda, não caracterizando a geração de dano de uma parte a outra na relação negocial. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “a indeterminação inicial da prestação caracteriza a “sorte” no contrato”, considerando que a álea poderá deixar de existir quando do cumprimento da prestação.²⁷²

Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves identificam três diferentes áleas: (i) álea comum a todos os contratos, exemplificando com o contrato de seguro; (ii) álea típica de uma específica classe de contrato e, portanto, de ciência dos contraentes; e (iii) álea incomum, decorrente de fato imprevisível e alheio à própria álea do contrato.²⁷³

Conforme a comparação elaborada entre os dispositivos do Código Civil Italiano e do Código Civil Brasileiro, nota-se que o legislador brasileiro optou por não tratar de forma expressa sobre os riscos do negócio jurídico. O *comma* II do artigo 1467 e o *comma* I do artigo 1469 do *Codice Civile* excluem expressamente a possibilidade de aplicação da resolução nas hipóteses de (i) onerosidade superveniente em razão da álea normal do contrato; e (ii) contratos aleatórios por natureza ou por vontade das partes, respectivamente. Da sua parte, o diploma brasileiro permanece silente em relação à álea normal do contrato e aos contratos aleatórios, deixando a questão aos intérpretes.

Guido Alpa, ao analisar a disposição legal italiana, justifica que a resolução encontra óbice na hipótese de a onerosidade excessiva decorrer da álea normal do contrato ou se o contrato, de per si, for aleatório, pelo que não haveria motivo para tutelar a parte requerente por ter ela assumido o risco da superveniência da onerosidade.²⁷⁴

Segundo Paolo Gallo, questão marcante na doutrina italiana é a falta de consenso sobre o conceito de “álea normal” e “contrato aleatório”, considerando que o legislador italiano se absteve de fornecer uma definição e também de esclarecer de que maneira o conceito de “álea

contrato se espera. Nessa ordem, a justiça do contrato é formada pela existência de dispositivos que atuam de forma a apontar aquele que deve suportar o dever de indenizar advindo de danos ou da inexecução espontânea do contrato.”. MARTINS, Fernando Rodrigues. Ob. Cit. Pág. 332.

²⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit. Pág. 402.

²⁷³ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 711.

²⁷⁴ ALPA, Guido. Corso di diritto contrattuale. Padova : Cedam, 2006. Pág. 156.

normal” do contrato se diferencia do conceito de “contrato aleatório” e, sobretudo, do conceito de “convencionalmente aleatório”.²⁷⁵

No caso do Código Civil brasileiro, o legislador sequer fez menção às hipóteses de “álea normal” e de “contratos aleatórios” em relação à possibilidade de aplicação do instituto da onerosidade excessiva.

Por “álea normal” se entende o risco não previsível e nem explicitamente assumido que o contrato comporta em razão da sua peculiaridade, risco ao qual qualquer das partes implicitamente se submete.²⁷⁶ Considerando, no entanto, a autonomia negocial, nada impede que os contratantes definam, eles próprios, o conceito de “álea normal do contrato”, inserindo cláusula específica para definir, por exemplo, que a resolução não será possível na hipótese de aumento dos custos inferior a 10%.²⁷⁷

A “álea normal do contrato” varia de acordo com o gênero do negócio jurídico estabelecido²⁷⁸, pelo que compreende também as oscilações de valores das prestações, originadas das previsíveis flutuações do mercado, não sendo assimilável àquele elemento intrínseco que define e individualiza os “contratos aleatórios”.²⁷⁹ Estes têm previsão expressa no Código Civil, conforme os dispositivos dos artigos 458 a 461, tendo como pressuposto a discussão sobre “a efetiva ocorrência do fato e, em caso positivo, quando isso ocorrerá”.²⁸⁰

Angelo Riccio se refere à “álea normal do contrato” como um requisito autônomo, mas complementar ao aspecto imprevisível e extraordinário do evento, por considerar que a imprevisibilidade de um evento diz respeito à própria álea que caracteriza eventual tipo contratual.²⁸¹

Ao comparar as disposições dos Códigos Civis da Itália e do Brasil sobre a onerosidade excessiva, Nelson Borges pondera que os artigos do diploma brasileiro “felizmente silenciaram a respeito da “álea comum” e dos “contratos aleatórios”, sendo válido supor-se não haverem

²⁷⁵ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*. Pág. 643

²⁷⁶ CENDON, Paolo. *Ob. Cit.* Pág. 1910.

²⁷⁷ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*. *Ob. Cit.* Pág. 643; CENDON, Paolo. *Ob. cit.* Pág. 1912

²⁷⁸ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*. *Ob. Cit.* Pág. 645.

²⁷⁹ MACARIO, Francesco. *Le sopravvenienze in Trattato del contratto*, V – Rimedi 2. *Ob. Cit.* Pág. 643.

²⁸⁰ BORGES, Nelson. *Ob. Cit.* Pág. 721.

²⁸¹ RICCIO, Angelo. *Ob. Cit.* Pág. 165

transplantado a mesma proibição de aplicação do instituo. A omissão equivale, implicitamente, à autorização de emprego da doutrina no universo dos contratos aleatórios”.²⁸²

A conclusão em relação aos “contratos aleatórios” e à “álea normal do contrato” é que, na hipótese de verificação de riscos inerentes ao próprio negócio, a parte que eventualmente tenha a sua prestação onerada não poderá fazer uso do remédio previsto no artigo 478. Esse posicionamento é assente na doutrina.²⁸³

Nos contratos aleatórios, dentro da álea comum estão previstos determinados acontecimentos que podem ou não refletir na contratação, de sorte que “o fato alterador do suporte contratual coloca-se fora de qualquer possibilidade de identificação apriorística, sendo, portanto, imprevisível”.²⁸⁴

Portanto, a se verificar onerosidade excessiva sobre a prestação, e desequilíbrio na relação negocial, em decorrência de fato superveniente que estiver fora da álea comum do contrato, incidirá a regulamentação do instituto da onerosidade excessiva.²⁸⁵ A álea anormal, verificada fora do risco calculado pelas partes, enseja a resolução ou a revisão contratual, uma vez cumulados os requisitos exigidos pela norma.

4.2.7. EVENTO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL

Para que seja possível a resolução ou a revisão do contrato com base no instituto da onerosidade excessiva, pelo rigor da norma, o evento superveniente deve ser imprevisível e extraordinário, último dos requisitos expressos do artigo 478 do Código Civil. A disposição reproduz o texto do Código Civil Italiano, na forma de tradução literal.²⁸⁶

²⁸² BORGES, Nelson. Pág. 711.

²⁸³ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 722, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 891, DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit. Pág. 164, LÔBO, Paulo. Ob. Cit. Pág. 208,

²⁸⁴ BORGES, Nelson. Ob. Cit. Pág. 722.

²⁸⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 891.

²⁸⁶ Nos exatos termos do artigo 1467 do *Codice*: “avvenimenti straordinari e imprevedibili”.

O desequilíbrio entre as prestações, determinado no curso da execução do contrato, deve depender de um evento imprevisível e extraordinário. Conforme aponta Vincenzo Roppo, o acontecimento imprevisível e extraordinário pode ser natural ou humano, estar relacionado a aspecto técnico, econômico, político e normativo.²⁸⁷ A princípio, em termos de evento superveniente, a norma nada exclui, basta que se verifique a qualidade do acontecimento.

No entanto, “imprevisível” e “extraordinário” são termos subjetivos, de sorte que, sob o aspecto doutrinário e da técnica legislativa, quando inseridos numa proposição normativa, exigem determinação e concreção. A subjetividade dos termos empregados no âmbito jurídico importa, via de regra, em amplitude da controvérsia, o que ocorre justamente na interpretação sobre o conceito de “acontecimento imprevisível e extraordinário”.

Tecnicamente, a expressão “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” configura típico conceito jurídico vago, pelo que requer detida atenção do intérprete ao caso concreto para uma aplicação eficiente.

Analisando a evolução da controvérsia acerca do requisito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que a verificação do evento imprevisível e extraordinário é atualmente mais flexível se comparada ao passado recente, quando havia resistência sobre a aceitação e a aplicação da teoria da imprevisão.²⁸⁸

Considerando a doutrina precedente ao Código Civil Italiano de 1942, que tinha opinião mais rigorosa e exigia que o evento superveniente fosse imprevisível e inevitável, a preocupação do legislador italiano de 1942 para combater a superveniência foi delimitar o máximo possível o campo de aplicação do instituto aos casos nos quais se verificasse um evento de caráter extraordinário e imprevisível, não como um remédio comum, mas destinado a operar em casos restritos.²⁸⁹

No Brasil, “o silêncio das partes sobre fatos previsíveis era entendido como eloquente de que as mesmas não queriam que estes, já previsíveis mas não previstos, afetassem o seu contrato”, posição, segundo Luis Renato Ferreira da Silva, que vigorou na jurisprudência

²⁸⁷ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Ob. Cit. Pág. 953.

²⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 899.

²⁸⁹ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*. Ob. Cit. Pág. 647.

nacional anterior ao Código Civil de 2002 para privilegiar a economia contratual e a intenção comum das partes.²⁹⁰

Com a positivação do instituto e a exigência pela qualidade do acontecimento, a primeira questão que surgiu foi a controvérsia doutrinária sobre a distinção entre *imprevisível* e *extraordinário*.

Angelo Riccio destaca que estas duas características do evento superveniente, sobretudo a imprevisibilidade, dão lugar a vários problemas, considerando o grau de abstração da previsibilidade, bem como o grau de certeza que deve assumir a previsão do evento.²⁹¹

Parte da doutrina entende que os termos “*extraordinário*” e “*imprevisível*” não exprimem relevo autônomo, justificando que o fator *extraordinário* estaria contido no *imprevisível*, conforme apontam Vincenzo Roppo e Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves.²⁹² Na tentativa de explicar a falta de autonomia entre *imprevisível* e *extraordinário*, afirmando que “a imprevisibilidade não abrange somente fatos inusitados, inconcebíveis e raramente verificados”, os autores brasileiros mencionados apontam que em determinadas hipóteses “a imprevisibilidade se relaciona à anormalidade, estendendo o instituto, aliado ao princípio da boa-fé, à mudança inusual das circunstâncias, posto que previsível, idônea a afetar o equilíbrio do contrato”.²⁹³

Francesco Macario justifica que o caráter tendencialmente mais objetivo do juízo sobre o aspecto extraordinário já estaria considerado, e de certa forma absorvido, na valoração da álea normal do contrato.²⁹⁴

²⁹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no código civil (...). Ob. Cit. Pág. 392.

²⁹¹ RICCIO, Angelo. Ob. Cit. Pág. 180.

²⁹² ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 953; ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 716.

²⁹³ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 717/718. Os autores justificam o posicionamento da seguinte maneira: “Reduzir-se-ia excessivamente a utilidade do remédio consagrado no art. 478 se ele se limitasse a eventos como a guerra, o terremoto, o maremoto, a erupção vulcânica ou um drástico plano financeiro conjuntural como o “Plano Collor”, que transformou os ativos bancários das pessoas naturais e jurídicas em créditos de longo prazo.”. Utilizam como exemplo: “os surtos inflacionários são distorções econômicas, mas podem ser inesperados, relativamente ao momento da contratação.”.

²⁹⁴ MACARIO, Francesco. Le sopravvenienze in Trattato del contratto, rimedi 2 Ob. Cit. Pág. 646. No original: “Per concludere sui presupposti della tutela, un cenno va fatto alla straordinarietà e/o imprevedibilità degli avvenimenti sopravvenuti, espressione di per sé sovrabbondante che, nella prassi applicativa degli interpreti, finisce perciò per contrarsi, ritenendosi sufficiente la valutazione sulla << imprevedibilità >>, tanto più che il carattere tendenzialmente

Em sentido oposto, Angelo Riccio ressalta que prevalece na doutrina e na jurisprudência italiana o entendimento de que os conceitos possuem significados distintos ou apenas parcialmente coincidentes. No entanto, não desconhece os diversos posicionamentos, apontando (i) a corrente que sustenta um nexo de coincidência não recíproca, de sorte que a imprevisibilidade pressupõe o extraordinário, o que não se verifica do contrário, havendo a possibilidade de eventos previsíveis fora do ordinário; e (ii) segundo outros, mais do que estar contido o extraordinário no imprevisível, se trataria de uma cumulação ocasional.²⁹⁵

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior não há confusão entre os termos *imprevisível* e *extraordinário* por serem qualidades objetivas do fato superveniente, explicando que “extraordinário é o que está fora do que acontece normalmente”, enquanto que imprevisível “é o que está fora da cogitação das pessoas que estão celebrando o contrato”, reconhecendo que na prática os dois conceitos são tratados como se tivessem o mesmo significado.²⁹⁶

O tratamento autônomo dos aspectos *extraordinário* e *imprevisível* como colocado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior comporta indagações. O que está fora do que acontece normalmente (ordinário) seria previsível? Extraordinário seria apenas um aspecto da imprevisibilidade? A doutrina diverge e não pontua com muita clareza, mas tenta esclarecer cada um dos termos, debruçando maior atenção à *imprevisibilidade*.

Judith Martins-Costa destaca que “o problema está em caracterizar o que é previsível ou imprevisível, o que dá lugar a várias questões concernentes ao grau de previsibilidade exigível para fazer com que o evento entre nas margens da ‘álea normal’”²⁹⁷. Neste senti, procurando esboçar o limiar do que pode ou não se tornar imprevisível, Vincenzo Roppo sugere a margem de especificidade do acontecimento à probabilidade de verificação, apontando que um fato com 60%

più oggettivo del giudizio sulla << straordinarietà >> sembrerebbe già espresso (e quindi, in un certo senso, assorbito) dalla considerazione della normalità dell’alea”.

²⁹⁵ RICCIO, Angelo. *Eccessiva onerosità*. Ob. Cit. Pág. 180/182. No original: “In conformità alle indicazioni dei lavori preparatori al codice civile, la prevalente dottrina ritiene che i concetti di straordinarietà ed imprevidibilità non costituiscano endiadi, avendo gli stessi un significato distinto o comunque solo parzialmente coincidente”. O autor menciona como partidários desta corrente Massimo Bianca, Mario Bessone, Giovanni Ferri, Carlo Terranova e Luciana Cabella Pisu.

²⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 899/900.

²⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*, v. IV, t. I. São Paulo : Forense, 2003. Pág. 252.

de probabilidade de ocorrer é previsível; de outra parte, um fato com 2% de probabilidade é imprevisível; e para um fato de 20% será aberta a discussão.²⁹⁸

De certo a norma não pode e não tem como fixar uma porcentagem sobre a probabilidade de ocorrência generalizada dos acontecimentos. Se o fato é efetivamente imprevisível, como prever o seu acontecimento em termos percentuais? Soa contraditório. Talvez o caminho seja especificar justamente o que juridicamente é previsível, do contrário será imprevisível.

Com base na jurisprudência italiana, Vincenzo Roppo qualifica como previsível aquilo que o homem médio pode prever ao tempo do contrato, à luz da natureza própria do negócio, das qualidades dos contraentes, das condições do mercado e de cada elemento individualizante significativo.²⁹⁹ Em outras palavras, Judith Martins-Costa esclarece que “o que se quer afirmar é que o ‘imprevisível’ é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, de acordo com a justa expectativa, a ser objetivamente avaliada no momento da conclusão do ajuste”.³⁰⁰

Considerando que o *fato previsível* pode gerar consequências imprevisíveis na relação negocial, colocando o processo fora da ordem planejada pelas partes, Luis Renato Ferreira da Silva o entende como extraordinário e suficiente para qualificá-lo como imprevisível, de sorte a permitir a resolução ou a revisão do contrato.³⁰¹

Até este ponto, o conceito jurídico de *imprevisível* parece ter sido solucionado pela doutrina, sem, no entanto, diferenciá-lo ou equipará-lo ao conceito do que efetivamente é *extraordinário*.

Para Paolo Cendon é possível distinguir os dois aspectos que caracterizam o evento superveniente. A imprevisibilidade deve ser considerada com base em um juízo de caráter subjetivo e relativo das partes, enquanto o aspecto extraordinário deve ser considerado com base em um critério objetivo. Justifica o autor que da mesma maneira que um *fato ordinário e*

²⁹⁸ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 954.

²⁹⁹ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 954. Sobre a probabilidade, no original: “Identificato il fatto nel suo giusto grado di specificità, conta poi il **margin di probabilità** del suo verificarsi: è prevedibile un fatto probabile al 60%; è imprevedibile un fatto con il 2% di probabilità; per un fatto probabile al 20% si discuterà”.

³⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil, v. IV, t. I. São Paulo : Forense, 2003. Pág. 253.

³⁰¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no código civil (...). Ob. Cit. Pág. 392.

previsível não é suficiente para caracterizar o instituto, também não o é o *fato extraordinário e previsível* ou o *fato ordinário e imprevisível*.³⁰²

Na tentativa de conceituar *extraordinário* e demonstrar a diferença em relação ao conceito de *imprevisível*, Paolo Gallo explica que evento *extraordinário* é aquele que pode ser verificado raramente, indicando como exemplo a guerra, a revolução e o cataclismo natural. A *previsibilidade*, por sua vez, deve ser valorada com base na capacidade do homem médio, considerando, no entanto, o parâmetro particular da categoria profissional a que pertence a parte devedora.³⁰³

Em que pese o esforço da doutrina em diferenciar os conceitos de *imprevisível* e *extraordinário*, dificilmente se encontra na literatura jurídica um exemplo claro o suficiente para afastar a controvérsia e dissociar um do outro. Ruy Rosado de Aguiar Júnior utiliza o seguinte exemplo: “a chuva é ordinário, a inundação pode ser o extraordinário, em área que historicamente não tenha sofrido os efeitos da enxurrada”.³⁰⁴ No entanto, este parece ser um fato imprevisível que contém um caráter extraordinário.

Angelo Riccio procura pontuar a distinção, apontando que, em regra, os critérios não coincidem, de sorte que a *imprevisibilidade* seria algo mais que o *extraordinário*, no sentido de se tratar de categoria mais ampla a ponto de abranger, nos casos concretos, o *extraordinário*. Conclui que o critério *extraordinário* tem natureza objetiva, determinável com base na análise quantitativa de natureza estatística; e o critério da *imprevisibilidade* tem caráter subjetivo, enquanto atende à fenomenologia do conhecimento, embora devendo ser valorado segundo critérios objetivos sobre a normal capacidade e diligência média do homem, levando em

³⁰² CENDON, Paolo. Ob. Cit. Pág. 1907. No mesmo sentido: “Se requer o concurso do caráter de extraordinário e da imprevisibilidade. Portanto, é irrelevante não somente a onerosidade excessiva determinada por um acontecimento ordinário e previsível, mas também a determinada por um acontecimento anormal, mas previsível.”, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 899.

³⁰³ No original: “Attendendosi al significato letterale dell’espressione, eventi straordinari sono quelli che si pongono al di fuori della norma, e quindi si verificano raramente, come per esempio guerre, sommosse, cataclismi naturali, e così via. (...) La prevedibilità, per comune ammissione, deve essere valutata con riferimento alle capacità di previsione dell’uomo medio; questo non toglie peraltro che il giudizio di prevedibilità debba essere parametrato alla particolare categoria professionale a cui appartiene il soggetto che ha assunto l’impegno, poi diventato eccessivamente oneroso.”. GALLO, Paolo. Contratto e buona fede. Ob. Cit. Pág. 647/648. No mesmo sentido: “Dados como a natureza do contrato, as condições do mercado na época do contrato e a qualidade dos contratantes influenciam a especificação do acontecimento”. ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 717.

³⁰⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 899.

consideração as circunstâncias do caso concreto subsistente no momento da conclusão do contrato. Pontua, por fim, que imprevisível é o evento cujo acontecimento é logicamente improvável; e o extraordinário é o evento cujo acontecimento é estatisticamente improvável.³⁰⁵

Francesco Macario sustenta que do ponto de vista operacional a leitura da expressão “*acontecimento extraordinário e imprevisível*” deve ser apreciada sobre o equilíbrio econômico do contrato, pelo que o remédio teria aplicação quando o desequilíbrio seja decorrente de um evento em si ordinário e previsível, desde que seja excepcional e imprevisível a extensão dos efeitos de sua incidência sobre a onerosidade da prestação.³⁰⁶

Em que pese os doutrinadores tentem diferenciar *imprevisível* de *extraordinário*, o requisito acaba sendo analisado sobre o aspecto da *imprevisibilidade*. Exemplo usual na doutrina italiana é sobre a inflação, cujos efeitos, em regra, são previsíveis, não configurando, portanto, fato imprevisível e extraordinário para os fins da onerosidade excessiva. No entanto, se os efeitos da inflação fugirem da normalidade, tornando uma das prestações excessivamente onerosa, então possível a aplicação do instituto.³⁰⁷

O caminho para a interpretação do requisito parece ser flexível, conferindo maior ênfase ao critério da *imprevisibilidade*. Do contrário, exigindo a demonstração e conseqüente distinção do caráter *extraordinário*, a aplicação do instituto restará extraordinariamente enrijecida. Conforme aponta José de Oliveira Ascensão:³⁰⁸

“O *extraordinário*, que qualifica sem dúvida o acontecimento, confirme o entendimento objectivo. Há inteira harmonia entre os dois

³⁰⁵ RICCIO, Angelo. *Eccessiva onerosità*. Ob. Cit. pág. 181/183. Sobre a não coincidência, no original: “I due criteria, dunque, di regola non coincidono: la imprevedibilità è qualcosa di più della straordinarietà, nel senso che si tratterebbe di categoria più ampia in grado di ricomprendere, nelle fattispecie concrete, la straordinarietà ma non di esserne, a sua volta, ricompresa.”

³⁰⁶ No original: “Dal punto di vista operativo, la lettura corrente dell’espressione << avvenimenti straordinari e imprevedibili >> è nel senso della straordinarietà e imprevedibilità (non tanto dell’avvenimento in se stesso, quanto piuttosto) dell’incidenza dell’avvenimento sull’equilibrio economico del contratto. In quest’ordine di idee, il rimedio è ammissibile anche quando lo squilibrio fra le prestazioni sia conseguente a un evento in per sé e per sé ordinario e prevedibile, purché eccezionale e imprevedibile si presenti la misura della sua incidenza sulla onerosità della prestazione.” MACARIO, Francesco. *Le sopravvenienze*. Ob. Cit. Pág. 651.

³⁰⁷ Neste sentido, RICCIO, Angelo. *Eccessiva Onerosità*. Ob. Cit. Pág. 184.; GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*. Ob. Cit. Pág. 647/648; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Ob. cit. Pág. 954; MACARIO, Francesco. *La sopravvenienza*. Ob. cit. Pág. 651.

³⁰⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil*. Ob. Cit. Pág. 178.

qualificativos, porque é por ser extraordinário que o acontecimento é imprevisível; e como traduz uma marcha dos factos que se não pode prever, o acontecimento é extraordinário.”

No entanto, considerando o estágio avançado da sociedade contemporânea, muito se sustenta que não existem mais fatos imprevisíveis, que, por exemplo, a tecnologia é capaz de detectar com antecedência os maiores cataclismos naturais, pelo que não haveria que se falar em imprevisibilidade ou, por outro prisma, que o artigo 478 do Código Civil seria letra morta por inexistir a possibilidade de se verificar o requisito essencial do *acontecimento extraordinário e imprevisível*. Em razão disso tramita no Congresso o Projeto de Lei n. 3.619 de 2008 para suprimir o termo *imprevisível* do dispositivo do artigo 478 do Código Civil, justificando o relator que “desnecessário, pois, que o fator de desequilíbrio, ocorrente durante o cumprimento do contrato, seja previsível ou não”.³⁰⁹

Respeitado o entendimento contrário, *acontecimentos imprevisíveis* estarão sempre por vir. A evolução constante da sociedade, dos meios de comunicação e das formas de concretização dos negócios jurídicos importará em situações diversas e não conhecidas anteriormente. Mesmo os tratos usuais e corriqueiros estão sujeitos aos efeitos da onerosidade excessiva, seja por um fato imprevisível ou por efeitos imprevisíveis decorrentes de situação previstas.

Nesse sentido é o enunciado n. 175 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor: “Art. 478: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.”.³¹⁰ Em análise sobre o enunciado n. 17, já mencionado quando do estudo do art. 317, Antonio Junqueira de Azevedo destaca que “fatos genericamente previsíveis, portanto, podem ser imprevisíveis, quando tomados em sua especificidade e concretude. Em outras palavras, fatos genericamente previsíveis podem provocar efeitos imprevisíveis”.³¹¹

³⁰⁹ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=86435847E30A1F20312F2FD776725053.proposicoesWeb1?codteor=578960&filename=PL+3619/2008

³¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Jornadas de direito civil i, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Pág. 38.

³¹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. Ob. Cit. Pág. 209.

Assim, considerando a preponderância do critério da *imprevisibilidade* e tentando fixar parâmetros mínimos e indispensáveis para a caracterização, interessante o posicionamento de Nelson Borges que entende como confiável a seguinte formulação: “fato imprevisto será todo aquele que poderia ser previsto e não o foi; imprevisível, aquele a que faltou a possibilidade normal de previsão”.³¹²

Uma vez atrelado ao grau de previsibilidade e à possibilidade normal de previsão, o critério da *imprevisibilidade* fica adstrito à “álea normal do contrato”, considerando o tráfico comercial e próprio grau de variação da prestação quando da conclusão do contrato, com as específicas disposições pactuadas entre as partes.³¹³ Portanto, “evento imprevisível, para os fins do art. 478, é o que escapa à visão do homem médio”, considerado dentro do contexto em que inserido. No entanto, não obstante a análise genérica das circunstâncias, considerar a categoria profissional não implica considerar as particularidades específicas e subjetivas do contratante, a exemplo da sua maior ou menor habilitação técnica.³¹⁴

A par dos requisitos, importante que se compreenda o real fundamento do instituto, a sua função na regulação dos contratos.

4.3. FUNDAMENTO DO INSTITUTO

Analizados os requisitos da onerosidade excessiva, importa, neste momento, buscar e compreender os argumentos que sustentam o instituto na tentativa de identificar a efetiva razão de aplicação do rigoroso remédio previsto no dispositivo do artigo 478 do Código Civil.

O instituto da onerosidade – ao permitir a quebra do contrato com a resolução, ou a flexibilização com a revisão – vai de encontro a alguns princípios contratuais, em especial os

³¹² BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. Ob. cit. Pág. 309. Sobre *fato imprevisto e fato imprevisível*, o autor arremata: “O primeiro inscreve-se no plano dos acontecimentos normais, vivenciados no cotidiano; o segundo, no rol dos eventos passíveis de ocorrer (por que dentro das probabilidades naturais), embora não pertencentes ao conjunto de acontecimentos considerados comuns ao dia-a-dia”.

³¹³ Neste sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações (...). Ob. Cit. Pág. 172/173; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil (...). Ob. Cit. Pág. 902/903;

³¹⁴ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 717.

princípios da obrigatoriedade e da intangibilidade. Pelo princípio da obrigatoriedade, o contrato vincula e obriga as partes, enquanto a intangibilidade implica na inalterabilidade do negócio jurídico. A princípio, o contrato celebrado entre as partes, observados os pressupostos e requisitos para sua validade, deve ser rigorosamente cumprido pelas partes, de sorte que as cláusulas consensualmente pactuadas devem ser mantidas intactas.³¹⁵

No entanto, no século XX, além da onerosidade excessiva, foram detectados casos de distorções das relações negociais em diversos setores da ordem jurídica, multiplicando-se as propostas de soluções.³¹⁶ Pondera José de Oliveira Ascensão que nenhum princípio jurídico é absoluto, considerando a concorrência de outros princípios, igualmente indispensáveis para a ordem social, exigindo a conciliação.³¹⁷ O acontecimento superveniente que torne a prestação de uma das partes excessivamente onerosa exige a dialética entre os valores da segurança (estabilidade) e da justiça (equidade), pois impossível a petrificação para estes casos pontuais.³¹⁸

A doutrina procura pontuar os fundamentos que justificam o afastamento de tais princípios para a resolução e a revisão do negócio jurídico com base no instituto da onerosidade excessiva, considerando que “o contrato é *sempre*, e em qualquer circunstância, operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lícitas pretensões”.³¹⁹

Com base na evolução histórica e no desenvolvimento das diversas teorias precedentes, percebe-se que vários foram os argumentos utilizados para defender a relativização do negócio jurídico ao longo dos últimos séculos. Contudo, sendo a onerosidade excessiva uma teoria com características próprias e requisitos que a diferencia das demais, cumpre analisar de forma mais detida os seus alicerces.

³¹⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Princípios contratuais *in* Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil / Giovanni Ettore Nanni, coordenador. – São Paulo: Atlas, 2008. Pág. 511.

³¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. Ob. Cit. Pág. 170.

³¹⁷ Idem. Pág. 182.

³¹⁸ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual. Ob. Cit. Pág. 89/90. Ainda neste sentido, aponta o autor: “Todas essas circunstâncias se apresentam bastante inflamadas nos contratos de longa duração, modalidade de negócio jurídico que ganhou ampla difusão com os avanços empresariais do século XX e com a necessidade surgida em seus albores de que fosse possível a celebração de vínculos associativos que perdurassem no tempo, sem prazos determinados”.

³¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Código civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 9 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 682.

O fundamento do instituto da onerosidade excessiva superveniente é muito debatido pelos estudiosos, tanto brasileiros como italianos. Paolo Gallo ressalta que a doutrina faz menção à cláusula *rebus sic stantibus*, com conseqüente conotação voluntarista, à pressuposição, à equidade e à causa do contrato.³²⁰ Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves, acusam a grande quantidade de teorias e a discrepância entre elas, sustentando que caberia apenas um breve palpite sobre o fundamento da resolução por onerosidade excessiva por ser um “quadro assustador e confuso”.³²¹

Paolo Cendon destaca que o entendimento dos intérpretes pode ser compreendido em duas concepções: (i) de caráter subjetivo e (ii) de caráter objetivo. A teoria subjetiva é baseada sobre a vontade das partes para explicar a disciplina do contrato, se pautando na relevância da cláusula tácita (cláusula *rebus sic stantibus*). Ao contrário, a teoria objetiva se baseia na própria causa do negócio, se pautando por um defeito funcional da comutatividade, ou sobre a equivalência econômica das prestações.³²² Vincenzo Roppo, por sua vez, aponta que a pesquisa sobre a *ratio* do instituto geralmente oscila entre uma concessão subjetivista, propensa a fundá-lo sobre a implícita ou presumida vontade das partes de condicionar a estabilidade do compromisso contratual à estabilidade do contexto de atuação, como se estabelecida no contrato a cláusula *rebus sic stantibus*; e uma concessão mais objetiva de reagir ao defeito da causa, perturbada pelo desequilíbrio que a onerosidade implica para a comutatividade entre a prestação e a contraprestação.³²³

A crítica à teoria subjetiva é no sentido de que ela permite qualquer intervenção legal no âmbito dos efeitos do contrato. De outro lado, a teoria relativa à causa expõe o problema do fundamento do instituto sem resolvê-lo, considerando que a teoria fundada sobre o equilíbrio

³²⁰ GALLO, Paolo. Trattato del contratto, 3 – I rimedi.. Op. Cit. P. 2284. Sugli altri motivi: “Altri autori hanno cercato il fondamento nella conservazione dell’equilibrio tra le prestazioni contrattuali, nella conservazione dell’economia generale del contratto o dell’onere economico originario della prestazione dovuta, nel rischio contrattuale, nell’adeguatezza delle prestazioni o nel mantenimento di un giusto rapporto di scambio in termini di bilanciamento di costi e valori corrispettivi, affidato alla libera e consapevole valutazione che ciascuna delle parti fa dei propri interessi, e come tale valutazione che ciascuna delle parti fa dei propri interessi, e come tale svincolato da ogni profilo di oggettiva equivalenza delle prestazioni, nell’equità, nella solidarietà, ovvero nell’esigenza di prevenire arricchimenti e impoverimenti ingiustificati”. RICCIO, Angelo. Op. Cit. P. 24/25.

³²¹ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. – Rio de Janeiro: Forense – 2007. Pág. 705.

³²² CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Op. Cit. P. 1880

³²³ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 946.

econômico das prestações não é esclarecedora o suficiente.³²⁴ Vincenzo Roppo aponta que a teoria subjetiva tem o inconveniente de se basear numa ficção, pois finge uma vontade das partes que não existe; enquanto a teoria objetiva não explica porque a causa seria perturbada pelo desequilíbrio causado por fato imprevisível e extraordinário, e não por fato privado de tais características.³²⁵

Angelo Riccio aduz que a *ratio* da excessiva onerosidade é uma exigência de colaboração entre as partes de maneira a distribuir o risco, visto que o legislador aplicou uma normal e equânime distribuição, levando em consideração as questões da variação e da previsibilidade dos riscos que eventualmente possam surgir.³²⁶

Na busca pelo fundamento do instituto, Paolo Cendon destaca que o legislador italiano, ao positivar o artigo 1467 do Código Civil italiano (correspondente ao artigo 478 do Código Civil brasileiro), não procura proteger o credor, mas o próprio devedor.³²⁷

Em sentido próximo é o entendimento de Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves, para quem o mecanismo resolutório protege apenas o devedor, enquanto que a revisão tutela ambos, devedor e credor. O raciocínio dos autores é escorado sob a consideração de que o artigo 478 do Código Civil permite também que o devedor procure diretamente a via da readequação do contrato, ou seja, a revisão.³²⁸

Angelo Riccio sustenta que a razão do instituto da onerosidade excessiva é uma exigência de colaboração entre as partes, de maneira a distribuir os riscos e proteger o contrato.³²⁹ Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que o instituto tem como fundamento tanto proteger o

³²⁴ CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Op. Cit. P. 1880/1881

³²⁵ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Ob. Cit. Pág. 946.

³²⁶ RICCIO, Angelo. Op. Cit. P. 31.

³²⁷ CENDON, Paolo. Commentario al codice civile. Op. Cit. P. 1881. No mesmo sentido, GALLO, Paolo. Contratto e buno fede. Ob. Cit. Pág. 650. No original: “In questa prospettiva la conclusione dovrebbe dunque essere Che l’art. 1467 c.c. non protegge un contraente in quanto tale, ma un debitore in virtù del contratto”.

³²⁸ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. – Rio de Janeiro: Forense – 2007. Pág. 705. Os autores entendem possível o pleito direto da revisão contratual com base no artigo 478, tendo em vista a disposição do artigo 317.

³²⁹ RICCIO, Angelo. Ob. cit. Pág. 31.

contrato, garantindo o equilíbrio entre as prestações, como a obrigação, ao defender o interesse da parte lesada, concluindo:³³⁰

“É dupla a sua finalidade: em primeiro lugar, serve à proteção do contrato, porque não há interesse geral na assunção de riscos excessivos de parte dos contratantes, o que pode provocar desequilíbrio e perturbação do comércio; em segundo, evita que o credor receba uma vantagem indevida, “uma vantagem concorrencialmente injustificada”, às custas do devedor.”

Angelo Riccio, considerando que a resolução do contrato por onerosidade excessiva é uma reação do ordenamento jurídico contra situações não merecedoras de tutela e que a disciplina da onerosidade excessiva representa a emersão da exigência de se prevenir que a inidoneidade superveniente do contrato afaste a utilidade específica. Conclui o autor que o instituto da onerosidade excessiva encontra fundamento na causa em concreto do contrato, seguindo a orientação recente da Corte de Cassação da Itália.³³¹

O instituto da onerosidade tem como fundamento legitimar a resolução do contrato atingido pela inesperada desvantagem excessivamente onerosa a uma das partes contratantes, afastando do mundo jurídico relações contrárias ao princípio da justiça contratual. Em segundo plano, readequar o equilíbrio contratual, possibilitando a revisão do negócio jurídico estabelecido entre as partes, “racionalizando as trocas econômicas em bases reciprocamente úteis” e “estimulando a conservação dos contratos”.³³²

³³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Ob. Cit. Pág. 882.

³³¹ RICCIO, Angelo. Op. Cit. P. 33/34. No original: “Orbene, se è vero che la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità è una reazione dell’ordinamento giuridico contra situazioni che esso giudica non meritevoli di ulteriore tutela, e se è altrettanto vero che la disciplina dell’eccessiva onerosità rappresente dunque l’emersione a livello normativo dell’esigenza di ovviare alla sopravvenuta inidoneità del contratto ad assecondare in concreto la realizzazione di specifiche utilità nei termini del rapporto programmato, allora non si può non concludere che l’istituto dell’eccessiva onerosità trova il suo fondamento nella causa in concreto del contratto, così come recentemente intesa dalla giurisprudenza della Cassazione”. Cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490; Id. 14 novembre 2005, n. 22932; Id., 21 ottobre 2005, n. 20398.

³³² ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 708.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery o fundamento tem como base a cláusula geral da função social do contrato e a cláusula geral da boa-fé objetiva, como uma ideia de *socialidade* do contrato.³³³

Posição diversa tem José de Oliveira de Ascensão que entende anacrônico o recurso da boa-fé, por haver preceito legal. Justifica o autor que a boa-fé serviu de base para os intérpretes alemães em razão da ausência de base legal, de sorte que atualmente não se regula a conduta, mas valora-se diretamente o conteúdo negativo da relação. Pondera, por fim, que se trata de justiça do caso concreto e, portanto, de equidade.³³⁴

C. Massimo Bianca aponta que a norma sobre a excessiva onerosidade sanciona um princípio geral de tutela do devedor contra o risco de um excepcional e imprevisível agravo da sua prestação, para manutenção do equilíbrio da relação negocial.³³⁵

Quem parece trazer uma visão um pouco mais fixa e ampla sobre o real fundamento, ainda que analisando a *teoria da imprevisão*, é Otavio Luiz Rodrigues Junior, para quem a interpretação dos contratos atingidos por onerosidade excessiva deve se dar com base nos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.³³⁶

No entanto, apenas os dois princípios têm relação direta com o instituto da onerosidade excessiva, de sorte que a doutrina, apesar de fazer larga menção, não consegue explicar com segurança o princípio da função social do contrato como fundamento do instituto.

Conforme conceitua Claudio Luiz Bueno de Godoy, a função social do contrato tem conteúdo *inter partes* e *ultra partes*, de sorte que o primeiro está ligado à prerrogativa dos contratantes de exigirem entre si o estrito cumprimento da avença; enquanto o conteúdo *ultra partes* diz respeito à “sua inserção no tecido social”.³³⁷ Assim, com base no princípio da função social, quando muito, seria possível interpretar que o conteúdo *inter partes* impõe a reformulação da comutatividade do contrato quando a prestação de uma das partes se tornar excessivamente

³³³ NERY JUNIOR, Nelson. Código civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 9 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 682.

³³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. Ob. Cit. Pág. 184/186.

³³⁵ BIANCA, C. Massimo. Diritto civile, V. La responsabilità. – Milano : Giuffrè Editore, 1995. Pág. 385.

³³⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos : autonomia da vontade e teoria da imprevisão. – São Paulo : Atlas, 2002. Pág. 119.

³³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato. Ob. Cit. Pág. 110/11 e 132.

onerosa; de sorte que o conteúdo *ultra partes* seria o interesse da sociedade sobre a segurança das relações negociais e o repúdio ao desequilíbrio contratual. No entanto, este não parece ser um fundamento específico para o instituto da onerosidade excessiva.

O *princípio da boa-fé objetiva*, por sua vez, estaria relacionado ao comportamento do contraente durante a execução do contrato, condicionando o comportamento probo da parte para que possa se valer do remédio judicial da resolução ou da revisão do contrato. De outra parte, o referido princípio reflete no momento posterior à sobrevinda da onerosidade excessiva, exigindo que as partes não deixem de envidar esforços para contornar a situação de desequilíbrio.

O *princípio do equilíbrio contratual* não afasta eventual discrepância dos valores determinados para as prestações quando da conclusão do contrato, mas procura manter “a álea econômica dentro dos níveis razoáveis de risco”.³³⁸ A comutatividade estabelecida pelo *princípio* exige a equivalência das prestações e o equilíbrio entre elas, considerando que as partes devem ter em mente quais serão seus ganhos e suas perdas, desde a gênese do negócio jurídico.³³⁹ Tem como escopo manter a justiça contratual em todas as fases da vida do negócio jurídico, “com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações”.³⁴⁰ Na hipótese da superveniência da onerosidade excessiva, o instituto visa “restabelecer o equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação”.³⁴¹

Fernando Rodrigues Martins, ao tratar do princípio da justiça contratual (que pode ser entendido como princípio do equilíbrio contratual), arremata:³⁴²

“A ave alcança voo porque ao lado da asa esquerda coexiste a asa direita. O limite ótico entre o céu e a terra é o horizonte. As águas do rio apenas alcançam o mar porque duas margens opostas o oprimem. Agora, pensemos: o

³³⁸ Idem. Pág. 124. Neste sentido: “É evidente e não se nega, que sempre haverá *bons* e *maus* contratos celebrados [dentro da *legítima* negociação entre as partes (sem que ocorra qualquer dos vícios da vontade ou sociais que podem macular o negócio jurídico)], bem como perturbações ao contrato que não dão azo à *revisão* do contrato ou à *resolução* do contrato, ou seja, perturbações que se inserem dentro da *álea normal* do contrato.”. NERY JUNIOR, Nelson. SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. Ob. Cit. Pág. 128.

³³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção in JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2010. Pág. 55/56.

³⁴⁰ BRITO, Rodrigo Toscano de. Onerosidade excessiva e a dispensável demonstração de fato imprevisível para a revisão ou resolução dos contratos. Ob. Cit. Pág. 134.

³⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato social e sua função. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. Pág. 12.

³⁴² MARTINS, Fernando Rodrigues. Ob. Cit. Pág. 437.

contrato só se faz justo quando representa o encontro de vontades, tal e qual faz a ave voar, o horizonte surgir e o rio virar mar.”

O contrato atingido pela superveniência da onerosidade excessiva exige, por força do princípio da justiça contratual, o seu reequilíbrio, pois, caso mantido da forma viciada, deixará de representar a comutatividade inicialmente estabelecida pelas partes em prejuízo de uma delas e benefício da outra, ensejando daí a possibilidade do rigoroso remédio de resolução.

5. REFLEXOS

O instituto da onerosidade excessiva suscita alguns pontos controversos na doutrina, tornando a sua plena aplicação um tanto complexa.

O dispositivo do artigo 478 aparentemente restringe o pedido inicial da demanda judicial à resolução, deixando a possibilidade do pedido de modificação equitativa das condições do contrato ao credor-demandado. Porém, deve-se interpretar como possível o pleito de revisão direto pelo devedor, quando do ajuizamento, em decorrência do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Na hipótese da superveniência da onerosidade excessiva, restando evidente o agravamento sobre a prestação do devedor e a vantagem do credor, pelos princípios da solidariedade e da boa-fé objetiva, as partes deveriam renegociar extrajudicialmente o contrato ou, ao menos, o valor da prestação onerada de forma excessiva, mesmo não havendo cláusula específica para tanto. A iniciativa tende a ser tomada pelo agravado, não implicando em vedação ao direito de pleitear a revisão judicial diretamente, ou seja, sem promover a renegociação consensual.³⁴³

Considerando eventual renegociação ou a própria atuação do julgador (juiz togado ou árbitro), José de Oliveira Ascensão destaca as várias hipóteses previstas no ordenamento para solucionar a onerosidade excessiva, destacando: (i) a modificação quantitativa, exemplificando com a redução do preço ou a hipótese do artigo 317 e com a supressão de cláusulas; (ii) modificação qualitativa, consistente na modificação de cláusulas, além da mera alteração de valores; e (iii) a resolução.³⁴⁴

No entanto, resta a dúvida sobre os poderes do juiz (ou do árbitro) para solucionar as sequelas da superveniência, especialmente na hipótese de revisão do negócio jurídico, impondo às partes o dever de adimplir as respectivas obrigações de forma diversa da pactuada inicialmente.

³⁴³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 921.

³⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. Ob. Cit. Pág. 180/181,

5.1. RESOLUÇÃO

Da leitura do dispositivo do artigo 478, nota-se que a consequência primeira do instituto da onerosidade excessiva é a resolução do contrato. Contudo, sua operação não é automática, exigindo a atividade da parte atingida, seja negociando o distrato com o credor como postulando judicialmente.

Francesco Camilletti conceitua *resolução*, diferenciando-a da *rescisão*. Pontua o autor italiano que a *resolução* tem como elemento constitutivo a inadequação entre a prestação e a contraprestação, observada de forma superveniente à conclusão do contrato; enquanto a *rescisão* trata da hipótese de desequilíbrio originário entre as prestações, observado já no momento da conclusão.³⁴⁵ Há que se diferenciar também a *resolução* da *resilição*, sendo esta modalidade de *revogação* que se realiza, em regra, pelo consenso mútuo das partes (distrato), quando “as próprias partes deliberam dissolvê-lo mediante negócio extintivo”.³⁴⁶

A relação jurídica contratual atingida pelo instituto da onerosidade excessiva escancara o desequilíbrio superveniente do negócio jurídico, implicando em grave afronta à justiça contratual, exigindo, portanto, a readequação das prestações ou o afastamento do contrato do mundo jurídico.

Considerando, assim, que a deflagração do instituto é perceptível a ambas as partes, diante da desestabilização do equilíbrio contratual decorrente da onerosidade excessiva debruçada sobre a prestação de uma das partes e a vantagem extrema sobre a outra, o princípio da

³⁴⁵ No original: “Elemento costitutivo della fattispecie è quindi l’inadeguatezza fra prestazione e controprestazione, con la diferenza che, mentre nelle ipotesi rescissorie si tratta di uno squilibrio originario fra le prestazioni, presente già al momento della conclusione del contratto, nella ipotesi risolutoria invece si tratta di una inadeguatezza verificatasi successivamente alla sua conclusione per effetto di accadimenti obbiettivi, imprevisi ed imprevedibili, che proprio per loro imprevedibilità le parti non hanno considerato come elementi idonei ad incidere sul valore delle rispettive prestazioni”. CAMILLETTI, Francesco. Profili del problema dell’equilibrio contrattuale. Ob. Cit. P. 68.

³⁴⁶ GOMES, Orlando. Ob. Cit. Pág. 222/223. O autor distingue também a resilição bilateral da unilateral: “Pois que o contrato é negócio jurídico formado por acordo de vontades, não deveria admitir-se a resilição unilateral. Contudo, admite-se. O *fundamento* da faculdade de resilir varia conforme a modalidade do contrato. Na *resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado*, presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente, e, portanto, que se reservaram a faculdade de, a todo tempo, resilir o contrato. O *fundamento do poder de resilir* seria, assim, a vontade presumida das partes. Outras vezes, o contrato distingue-se pelo *elemento fiduciário* que encerra, de modo que só subsiste enquanto existe confiança de uma parte na outra. Justo que a lei autorize sua resilição pelo direito de arrependimento, assegurando-se a faculdade de resilir o contrato, uma vez se sujeitem ao pagamento da multa prevista especialmente para esse fim.”

boa-fé objetiva deveria ser suficiente para que os contratantes consensualmente readequassem o sinalagma. Contudo, utopia. Assim, de rigor a intervenção judicial.

Em sentido próximo ao acima esposado, interessante a ideia proposta por Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves, para quem:³⁴⁷

“A solução preferível residiria na possibilidade de o interessado resolver o contrato mediante declaração à contraparte, cabendo a esta, de seu turno, propor a adequação, não se conformando com a dissolução do negócio, e decidindo o órgão judiciário, por iniciativa de qualquer das delas, na falta de acordo.”

Os autores supracitados formulam a respectiva proposta sob a justificativa de o recurso à via judicial ser uma solução dispendiosa e morosa. De fato, a discussão judicial tende a ser extremamente demorada, com prazo de duração indefinido, vinculando as partes a um mecanismo de desfecho imprevisível.³⁴⁸ Há que se ressaltar um considerável número de contratos cujas controvérsias são vinculadas à arbitragem, procedimento que encurta em muito o lapso temporal entre o pleito inicial e a decisão de mérito. Porém, os custos costumam ser altos, onerando sobremaneira as partes, bem como exigindo para a parte vencedora, em algumas situações, o ajuizamento de procedimento de execução³⁴⁹.

Pois bem, a abertura da via judicial ou da arbitragem, seguindo o preceito do artigo 478, tem como função primária a resolução do contrato, sendo esta a única hipótese para determinados casos. Conforme aponta José de Oliveira Ascensão, a resolução pode ser pleiteada, inclusive, em sede de reconvenção ao pleito de revisão para modificação quantitativa.³⁵⁰

³⁴⁷ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 725.

³⁴⁸ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 724.

³⁴⁹ Sobre a falta de consenso e o procedimento arbitral, Giovanni Ettore Nanni assim expõe: “Por outro lado, instaurada a controvérsia, não se submetendo as partes à mediação, ou senda esta infrutífera, a arbitragem seria uma forma efetiva de solução das disputas, assim como para garantir segurança, pois, entre outros aspectos, possibilita uma rápida decisão, o que impede que as partes fiquem durante longos anos expostas a contingências e incertezas, permitindo uma ágil definição sobre o futuro da companhia ou do negócio em si.” NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. Ob. Cit. Pág. 125/126.

³⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. Ob. Cit. Pág. 181. O autor traz o exemplo do *caso da coroação*: “A prestação é possível, mas a base do negócio foi comumente a passagem do cortejo. Se o trajecto for modificado, há óbvia alteração anormal das circunstâncias. A

Uma vez resolvido o contrato pelo juiz, seus efeitos retroagirão à data da citação, em obediência à parte final do artigo 478. Portanto, a decisão tem efeito *ex tunc* moderado, de sorte que os efeitos observados até a data da citação são preservados, subsistindo as prestações já adimplidas, as quais poderão, no entanto, conforme o caso, ser revisadas.

Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves destacam ser digno de realce o fato de a previsão legal não condicionar a retroação dos efeitos da sentença à data de surgimento do fato imprevisível e extraordinário, considerando que tal fato jamais comportaria prova segura e confiável.³⁵¹

A resolução é, portanto, um direito potestativo judicial com efeito constitutivo, análogo ao remédio da rescisão. Uma vez reconhecida a onerosidade excessiva, o devedor passa a ter o direito de ver resolvido o contrato, sem, no entanto, ter que arcar com eventual multa rescisória. Considerando os efeitos retroativos da sentença, pode ensejar a obrigação de restituição da prestação adimplida no meio tempo entre a citação e o efetivo trânsito em julgado.³⁵²

5.2. A BOA-FÉ E O DEVER DE RENEGOCIAR

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, “o instituto só funciona em casos clamorosos. É uma concessão à segurança, que se apresenta igualmente como princípio”.³⁵³ A onerosidade excessiva “acarreta a quebra insuportável da equivalência”, implicando em frustração do equilíbrio contratual.³⁵⁴

Considerando a assertiva do doutrinador lusófono³⁵⁵, há que se considerar que a superveniência da onerosidade excessiva não representa mera alteração sobre o equilíbrio das

solução só pode ser a resolução do contrato. Não adiantam as modificações, com ao consistente na redução do preço: o negócio perdeu a sua base, pelo que apenas resta a resolução.”

³⁵¹ ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro. Ob. cit. Pág. 726.

³⁵² BIANCA, C. Massimo. Diritto civile, V. La responsabilità. Ob. Cit. Pág. 397/398.

³⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. Ob. Cit. Pág. 183.

³⁵⁴ ZANETTI, Andrea Cristina. Princípio do equilíbrio contratual. – São Paulo : Saraiva, 2012. Pág. 184/185.

³⁵⁵ José de Oliveira Ascensão, apesar de nascido em Angola, é considerado um doutrinador lusitano. No entanto, escreveu obras sobre o direito brasileiro, pelo que qualificado aqui como doutrinador lusófono.

prestações, sendo sensivelmente perceptível para ambas as partes. O devedor tem plena ciência sobre a dificuldade e sobre o sacrifício para cumprir fielmente sua prestação, enquanto o credor ciente da vantagem extrema em razão de benefício que jamais alcançaria noutra relação negocial justa e equilibrada.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao tratar dos contratos relacionais, entende que a necessidade de adaptar as prestações à realidade superveniente, somada ao fato da conveniência de manter os contratos, conduz à renegociação. Pondera o autor que as partes devem abandonar o princípio egoístico da satisfação integral para adotar o princípio da cooperação e, assim, solucionar a avença de forma consensual.³⁵⁶

Cristiano de Sousa Zanetti ressalta que “a cláusula geral da boa-fé impõe que todos os contratos apresentem um equilíbrio mínimo entre os direitos e deveres das partes”³⁵⁷, pelo que, diante da quebra do equilíbrio contratual, a boa prática do tráfico jurídico exige um comportamento leal e cooperativo de ambas as partes no sentido de renegociação da avença inicial.

Neste sentido, Paolo Gallo enfatiza que a superveniência coloca em primeiro lugar a questão da renegociação do contrato, esclarecendo que a doutrina entende cabível mesmo na ausência de cláusula específica, justificando que a obrigação de renegociar decorre do próprio sistema, especialmente em respeito à equidade e à boa-fé.³⁵⁸

O dever de renegociação nos contratos de duração atingidos pela onerosidade excessiva é entendido como uma imposição da toada moderna da teoria contratual, valendo transcrever as considerações de Giovanni Ettore Nanni:³⁵⁹

“A evolução da teoria contratual, especialmente nos pactos de duração, abre caminho no sentido de se considerar imperativa a renegociação com apoio

³⁵⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 896.

³⁵⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Direito contratual contemporâneo. Ob. Cit. Pág. 247.

³⁵⁸ GALLO, Paolo. Contratto e buona fede. Ob. Cit. Pág. 692/693. Sustenta o autor italiano, ainda, que a negativa sobre a renegociação pode ser fonte de responsabilidade pré contratual. No original: “Le parti possono allora inserire nel contratto specifiche clausole Che impongono la rinegoziatione; ladottrina há inoltre suggerito Che acnhe in assenza di previsione specifica, l’obbligo di rinegoziare può essere desunto dal sistema ed in particolare fondato sull’equità e sulla buona fede (artt. 1374, 1375 c.c.); in questa prospettiva il rifiuto di rinegoziare potrbbe anche essere fonte di responsabilità precontrattuale.”

³⁵⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. Ob. Cit. Pág. 263.

no princípio da boa-fé e no dever de cooperação, porém, não como obrigação legal específica, mas como um dever lateral de conduta, mesmo na ausência de cláusula de renegociação.”

O dever de cooperação entre as partes tem como objetivo a consecução das finalidades almejadas por elas quando da conclusão do contrato, não ignorando os interesses próprios e específicos. Têm as partes um interesse jurídico comum: o fiel cumprimento do negócio jurídico para atingir a sua finalidade.³⁶⁰

Diante da superveniência, age de forma contrária aos ditames da cooperação e da boa-fé o credor que se vê em vantagem desmedida decorrente da onerosidade excessiva e exige o cumprimento da obrigação pela parte em desvantagem. Nessa hipótese, o credor estará infringindo dever lateral, abrindo caminho para eventual pleito de perdas e danos por parte do devedor, quem subsistirá o direito de execução específica.³⁶¹

O dever de renegociação, portanto, antes de ser contratual (cláusula de renegociar ou *hardship*), é uma obrigação legal que decorre da eficácia integrativa da boa-fé e da confiança recíproca, “consubstanciando-se a readequação do contrato (adequamento) como verdadeiro princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração”.³⁶²

Paolo Gallo pondera que a boa-fé representa o dever de renegociar, enquanto a equidade determina o conteúdo próprio da renegociação.³⁶³ Cumprindo destacar que a boa-fé na renegociação vale para ambas as partes, inclusive para o devedor, no sentido de não se valer do procedimento como manobra protelatória ou como forma de suspender a execução do contrato, hipóteses de abuso de direito.³⁶⁴

³⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. Ob. Cit. Pág. 129. Neste sentido: “Dentro da ideia de colaboração decorrente do solidarismo, a relação obrigacional deve ser extinta, atingindo seu fim, com o cumprimento da prestação, para o que as partes devem cooperar mutuamente.”. NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade *in* Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil / Giovanni Ettore Nanni, coordenador. – São Paulo: Atlas, 2008. Pág. 308.

³⁶¹ NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. Ob. Cit. Pág. 263.

³⁶² NERY JUNIOR, Nelson. SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. Ob. Cit. Pág. 141.

³⁶³ GALLO, Paolo. Contratto e buona fede. Ob. Cit. Pág. 694.

³⁶⁴ NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. Ob. Cit. Pág. 264.

5.3. O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: A POSSIBILIDADE DO PEDIDO JUDICIAL DE REVISÃO

Inexistindo interesse por parte do credor em renegociar, subsiste o direito do devedor em pleitear a revisão do contrato pela via judicial. A discussão é controversa e muito se discute sobre o artigo 478 abrir apenas a porta da resolução ao devedor que tem a sua prestação excessivamente onerada. Porém, boa parte da doutrina entende como viável o pleito de resolução.

Segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, na hipótese de superveniência de desequilíbrio das prestações contratuais, é possível tanto a resolução como a revisão, com alteração da prestação, conforme o interesse e o pedido das partes.³⁶⁵ Em sentido próximo é o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem a onerosidade excessiva pode dar ensejo tanto à resolução do contrato quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual. No entanto justificam que a revisão da cláusula contratual deve se dar com base no artigo 317 do Código Civil.³⁶⁶

Maria Helena Diniz é mais enfática e assevera que o artigo 478 do Código Civil torna expressa a cláusula *rebus sic stantibus* e, utilizando-se o argumento *a fortiori a maiori ad minus*, concluindo que “apesar de uma interpretação literal conduzir ao engano de que a onerosidade excessiva gera rescisão do contrato tão somente, ora se quem, por mais forte razão, pode o mais pode o menos”.³⁶⁷

Ao tratar dos contratos cujas obrigações cabem exclusivamente a uma das partes, Antonio Junqueira de Azevedo assevera que o artigo 478 deve ser interpretado no sentido de permitir a revisão dos contratos bilaterais, justificando que o artigo 479 restringe a resolução à hipótese de não ocorrência da modificação equitativa das condições do contrato, por ser a resolução o último remédio e em atendimento ao princípio da conservação dos negócios

³⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Ob. Cit. Pág. 219.

³⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Código civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 9 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 682.

³⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. Pág. 472.

jurídicos.³⁶⁸ No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão afirmar que priorizar a revisão do negócio é observar o princípio da conservação ou do aproveitamento do negócio jurídico.³⁶⁹

Dentro deste contexto, Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca a questão proposta por Francesco Macario sobre os limites do juiz (e do árbitro) para articular o programa negocial das partes. Afirma o autor que parte da doutrina se prende à regra da literalidade do texto legal, condicionando o devedor ao pedido resolutorio e o credor, ao pleito de revisão, bem como afastando qualquer poder de ingerência do julgador sobre o contrato, seja a pedido das partes ou de ofício.³⁷⁰

No entanto, o Poder Judiciário Brasileiro segue o entendimento de priorização da revisão, em atendimento ao princípio da conservação dos negócios jurídicos. É o que se depreende do Enunciado n. 176 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal, com a seguinte redação: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.³⁷¹

Hamid Charaf Bdini Júnior justifica que é justamente em nome desse princípio que, diante de interpretações diversas (resolução ou revisão), deve se optar pela que garante os efeitos do contrato, ao invés da interpretação que os nega.³⁷²

Sendo assim, havendo interesse do devedor em seguir com o contrato, desde que restabelecido o equilíbrio do negócio jurídico, não razão para se negar o pedido direito de revisão contratual com base no artigo 478 do Código Civil.

³⁶⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. Ob. Cit. Pág. 211.

³⁶⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. Ob. Cit. Pág. 180.

³⁷⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Ob. Cit. Pág. 896/897.

³⁷¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Pág. 38.

³⁷² BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Efeitos do negócio jurídico nulo. – São Paulo : Saraiva, 2010. Pág. 133.

6. CONCLUSÃO

O estudo da onerosidade excessiva demonstra o longo caminho percorrido até a sua positivação e a sua consolidação, deixando evidente a importância do tempo em dois vieses diversos: (i) o tempo para maturação da teoria e uma positivação que corresponda aos ditames sociais de sua época e futuros; e (ii) o tempo nas relações negociais como fator preponderante para o surgimento de situações supervenientes que atinjam sobremaneira o equilíbrio da relação negocial.

Em relação ao tempo de amadurecimento das teorias desenvolvidas, a superveniência vem sendo aplicada há séculos, porém com diferentes fundamentos, efeitos e soluções, de sorte que atualmente ainda não existe preponderância de uma teoria nos países do sistema romano-germânico, apesar de muitos deles adotarem a teoria da onerosidade excessiva, paradigma italiano.

No Brasil, a positivação do instituto se deu com adaptações, excluindo-se a vedação expressa da aplicação aos contratos aleatórios e às hipóteses de álea normal do contrato, adicionando-se, porém, a exigência de vantagem extrema para a parte beneficiada pela superveniência do acontecimento. Além disso, optou o legislador por manter o requisito de imprevisibilidade do acontecimento.

De toda sorte, resta evidente que meio século após o desenvolvimento do paradigma italiano, permanece controverso o instituto no Brasil, ou, ao menos, a interpretação dos requisitos para a sua aplicação. A doutrina ora o aponta como uma variação da cláusula *rebus sic stantibus*, como uma nova roupagem da teoria da imprevisão ou como uma teoria própria da onerosidade excessiva.

No entanto, possível afirmar que a onerosidade excessiva, apesar de arraigar aspectos tanto da cláusula *rebus sic stantibus* como da teoria da imprevisão, é um instituto próprio com características particulares que o distinguem das teorias anteriores.

A sua aplicação, sim, comporta controvérsia, ao passo que o instituto é um conceito jurídico vago, em verdade composto intrínseca e extrinsecamente por diversos conceitos jurídicos

vagos, o que exige detida atenção do intérprete ao caso concreto. Os conceitos de “prestação excessivamente onerosa”, “extrema vantagem”, “acontecimentos imprevisíveis e extraordinários” e “álea comum do contrato” só podem ser precisados quando da análise das hipóteses particulares.

De toda sorte, o instituto da onerosidade excessiva mostra-se um caminho eficiente para que sejam remediados os desgastes causados pelas situações supervenientes nos contratos de execução diferida ou continuada, cuja prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

A exigência de cumulação dos requisitos deixa claro que a possibilidade de resolução e de revisão dos contratos é restrita, e não abrangente. Cabe apenas aos contratos em que as prestações se protraem no tempo, porém são justamente esses negócios jurídicos que se verificam em maioria nas relações negociais contemporâneas, de sorte que é justamente o tempo o *fact* preponderante para os acontecimentos capazes de onerar excessivamente a prestação de uma das partes.

Ao pactuarem as obrigações recíprocas, estabelecendo o sinalagma, as partes não têm condições de prever todos os acontecimentos futuros, muito menos suas conseqüências. O contrato é, portanto, um ponto fixo que permanece com os seus pilares imutáveis e, assim, sujeitos às intempéries, que variam com velocidade igual ou superior à da sociedade.

A dinâmica do tráfico jurídico tem intensidade elevada, surgindo, de tempos em tempos, novas formas de contratação, novos tipos de prestação e, com isso, exigindo novas previsões e adaptações jurídicas, as quais nem sempre são suficientes. Daí decorre a restrita possibilidade de resolução ou revisão judicial dos contratos.

Pressupõe o artigo 478 um contrato com prestações correspondentes, indissolúvelmente vinculadas entre si. Em regra, portanto, é aplicável aos contratos bilaterais, comutativos e onerosos. Contudo, há que se ressaltar que o artigo 480 abre a possibilidade para os contratos unilaterais, restringindo, no entanto, ao remédio da revisão.

A onerosidade que marca o instituto é aquela que agrava de forma excessiva a prestação do devedor, podendo ser direta ou indireta, implicando sempre em vantagem para o credor. É direta quando sua prestação se torna excessivamente onerosa; sendo indireta quando a utilidade da contraprestação se torna substancialmente reduzida. A análise da onerosidade tem caráter eminentemente objetivo, pouco importando a situação subjetiva do devedor. Deve ser considerada apenas com base na relação de valores das prestações (prestação e contraprestação).

A extrema vantagem é o lado oposto da onerosidade excessiva, no sentido de que deve ser analisada a possibilidade de o credor contratar nos mesmos moldes e com os mesmos valores, após a superveniência da onerosidade excessiva. Não sendo possível, estará caracterizada a vantagem, que pode ser qualificada como extrema, pois, mantendo-se a avença, obrigará o devedor a cumprir com um contrato desequilibrado e em desacordo com a justiça contratual, em clara vantagem ao credor.

Porém, há que se analisar se houve culpa pela superveniência da onerosidade excessiva, de sorte que se culpado o devedor, não haverá que se falar em resolução ou revisão do contrato. Além disso, se em mora o devedor quando do acontecimento, também estará impedido de se valer do instituto, pois culpado igualmente pela superveniência. Exceção, no entanto, para a hipótese de atraso justificado pelo não cumprimento da parte contrária, hipótese em que o devedor pode se valer dos remédios da resolução e da revisão.

Inexistindo mora e culpa pela superveniência, deve o acontecimento ser imprevisível e extraordinário. A natureza do evento é, em regra, irrelevante, bastando ser imprevisível para as partes quando da conclusão do contrato. A exigência da qualidade de extraordinário deve ser relativizada, caso contrário a aplicação do instituto terá a restrição do seu campo de aplicação extremamente alargada. Mesmo a interpretação da imprevisibilidade deve ser amenizada, bastando que os efeitos sejam imprevisíveis, ainda que decorrentes de um fato previsível. O critério para verificação deve ser atrelado à álea normal do contrato.

Apesar de não ter sido incluído como requisito expresso pelo legislador brasileiro, como forma de adaptação do paradigma italiano, a interpretação pacífica é a de que o instituto não se verifica para as hipóteses dos contratos aleatórios e, principalmente, para a álea normal do

contrato. A onerosidade excessiva só se configura quando o acontecimento estiver fora da álea comum do contrato.

Enfim, uma vez verificados todos os requisitos e pressupostos, ter-se-á uma relação contratual desequilibrada, com prestações em desacordo com o sinalagma inicialmente previsto, exigindo a recomposição da comutatividade em atenção aos princípios da justiça contratual e da conservação dos negócios jurídicos.

A onerosidade excessiva configura desequilíbrio substancial e sensível para ambas as partes, não havendo escusa para justificar a manutenção da avença da maneira não querida pelas partes quando da conclusão. Surge, então, o dever de renegociação, com base no princípio da boa-fé objetiva, mesmo na ausência de cláusula expressa nesse sentido. Do mesmo modo, em conformidade com o comportamento probo, não pode o devedor se valer da via da renegociação para protelar o adimplemento e, com isso, suspender a execução do contrato.

Ao fim e ao cabo, não havendo consenso entre as partes, poderá o devedor, com base no princípio da conservação dos negócios jurídicos, requerer a revisão judicial do contrato. Não havendo mais interesse ou possibilidade de cumprimento do contrato, poderá, então, se valer do pedido de resolução, para que o contrato gere efeitos apenas e tão somente até a data de citação do credor.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao novo código civil *in* Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Anotnio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. – 5.ed. – São Paulo : Saraiva, 1980.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Código Civil *in* Simpósio sobre o novo Código Civil Brasileiro. – São Paulo, Ed. Método, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato / coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Jornadas de direito civil i, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil *in* Questões Controvertidas no novo Código Civil, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Editora Forense, 2004.

ASSIS, Araken de. Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. – Rio de Janeiro: Forense – 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção *in* JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos *in* Fundamentos do direito civil brasileiro / Everaldo Augusto Cambler, organizador/autor. – Campinas, SP : Millennium Editora, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Efeitos do negócio jurídico nulo. – São Paulo : Saraiva, 2010.

BIANCA, C. Massimo. Diritto civile, V. La responsabilità. – Milano : Giuffrè Editore, 1995.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função : novos estudos da teoria do direito / Norberto Bobbio ; tradução de Daniela Beccaccia Versiani ; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. – Barueri, SP : Manole, 2007.

BONELL, Michael Joachim. Principi unidroit dei contratti commerciali internazionali, versione italiana a cura di Micheal Joachim Bonell in collaborazione con Paola Carlini Prosperetti. – Roma: Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, 2010.

BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. – São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

BRITO. Rodrigo Toscano de. Onerosidade excessiva e a dispensável demonstração de fato imprevisível para a revisão ou resolução dos contratos *in* Introdução crítica ao Código Civil / Lucas Abreu Barroso (organizador). – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CALDERALE, Alfredo. Diritto privato e codificazione in Brasile. – Milano : Giuffrè, 2005.

CAMILLETTI, Francesco. Profili del problema dell'equilibrio contrattuale. Milano : Giuffrè, 2004.

CANARIS. Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro, 2ª edição. – Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1996.

CAPODANNO, Michele. L'interpretazione del contratto. Padova: Cedam, 2006.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

CENDON, Paolo. Commentario al codice civile obbligazioni. Milano: Giuffrè, 2009.

CENDON, Paolo. Commentario al codice civile, contratto in generale (artt. 1343 – 1469 *bis*). Milano: Giuffrè, 2010.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984.

CORDEIRO. António Menezes. Tratado de direito civil português, I. Parte Geral, Tomo I. 3ª Edição aumentada e revisada. – Coimbra: Almedina, 2005.

DE CICCIO, Claudio. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. – 4 ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. – 23. ed., ver. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. – São Paulo : Saraiva, 2007.

DONNINI, Rogério Ferraz. A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor. – São Paulo : Saraiva, 1999.

FERREIRA, Durval. Erro negocial, objetos, motivos, base negocial e alteração de circunstâncias. – Coimbra : Livraria Almedina, 1998.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 63.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Teoria geral do contrato : confronto com o direito europeu futuro. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo código civil brasileiro. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo código civil brasileiro *in* Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos, vol. 4 / Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves, coordenação. – São Paulo: Editora Método, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil : abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume IV : contratos, tomo 1 : teoria geral. – 2. ed. rev., atual. e reform. – São Paulo : Saraiva, 2006.

GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico, seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2002.

GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede, buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET, 2009.

GALLO, Paolo. Trattato del contratto: i rimedi; la fiducia; l'apparenza. V. 3. – Torino : UTET Giuridica, 2010.

GHIGNONE, Luciano Taques. Novo código civil brasileiro. / Curitiba: Juruá, 2002.

GILISSEN, John. Introdução histórica do direito. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato : os novos princípios contratuais. – São Paulo : Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 1998.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança : cumprimento imperfeito do contrato. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GREGÓRIO, Ricardo Algarve. Comentários ao código civil / [coordenadores] Carlos Eduardo Nicoletti Camillo... [et al.]. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

INFANTE, Carlos Melon. Código civil alemán – Apêndice *in* ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. – Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1955.

KLANG, Márcio. A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

LARENZ, Karl. Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos. Madri : Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LARENZ, Karl. Derecho civil, parte geral. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1978.

LA TORRE, Antonia. Diritto Civile e Codificazione. – Milano: Guiffrè Editore, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. Comentários ao código civil / [coordenadores] Carlos Eduardo Nicoletti Camillo... [et al.]. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo. Direito Civil : contratos. – São Paulo : Saraiva, 2011.

LOTUFO, Renan. A codificação: o código civil de 2002 *in* Teoria geral do direito civil / Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores. - - São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan. Código civil comentado : parte geral (arts. 1º a 232), volume 1 / Renan Lotufo. – 2. ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 2004.

LOTUFO, Renan. Código civil comentado : obrigações : parte geral (arts. 233 a 420), volume 2. – São Paulo : Saraiva, 2003.

LOTUFO, Renan. Revisão do contrato de empreitada de obra pública *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série – Ano 16 – vol. 31 – jan.-jun. / 2013; coordenação Elias Farah. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil. – São Paulo : Editora Método, 2002.

MACARIO, Francesco. La risoluzione per eccessiva onerosità *in* LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. Diritto civile, volume III – Obbligazioni, tomoII – il contratto in generale. Milano: Giuffrè, 2009.

MANGONE, Kátia Aparecida. Cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados e os princípios regentes do processo civil: ampliação dos poderes do juiz? Impactos no sistema recursal *in* Impactos processuais do direito civil / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo : Saraiva, 2008.

MARINELLI, Fabrizio. *Scienza e storia del diritto civile*. – Roma: Editori Laterza, 2009.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do negócio jurídico. – São Paulo : Saraiva, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. – 2 ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil, v. IV, t. I. São Paulo : Forense, 2003.

MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales, volumen 1. Edición española por Ángel Martínez Sarrión. – Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1995.

MELGARÉ, Plínio. A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual *in* O direito das obrigações na contemporaneidade : estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador); Adalberto Pasqualotto ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato *in* O direito das obrigações na contemporaneidade : estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador); Adalberto Pasqualotto ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

MORAES, Renato José de. Alteração das circunstâncias negociais *in* JABUR, Gilberto Haddad & PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.) – Direito dos Contratos – São Paulo : Quartier Latin, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. – São Paulo: Atlas, 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade *in* Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil / Giovanni Ettore Nanni, coordenador. – São Paulo: Atlas, 2008.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Código civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 9 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual *in* Separata da Revista dos Tribunais, Ano 100 – vol. 906, p. 113-155. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual *in* Transformações contemporâneas do direito das obrigações / Mauricio Mota, Gustavo Kloh (organizadores). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Contrato verbal de consumo./ Curitiba: Juruá, 2002.

PATTI, Salvatore. *Codice civile tedesco, bürgerliches gesetzbuch*. Traduzione e presentazione a cura di Salvatore Patti. Milano, Giuffrè, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile. 6ª edizione ampiamente riveduta ed aggiornata*. – Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

REQUIÃO, Maurício. Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações. – Salvador: Editora Podivm.

RICCIO, Angelo. La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale *in* Contratto e impresa, dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano. Padova: Cedam, 1999.

RICCIO, Angelo. Eccessiva onerosità *in* Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano, Libro quarto: obbligazioni art. 1467-1469. – Bolgna : Zanichelli Editore, 2010.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Princípios contratuais *in* Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil / Giovanni Ettore Nanni, coordenador. – São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contrato : autonomia da vontade e teoria da imprevisão. – São Paulo : Atlas, 2002.

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Seconda edizione. – Milano : Giuffrè, 2011.

ROPPO, Vincenzo. Trattato del contratto, rimedi 2. Milano: Giuffrè, 2006.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti. Padova: Cedam, 1992.

SIDOU, J. M. Othon. A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula *rebus sic stantibus*; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada. – Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no código civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes *in* Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil / Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins, coordenadores. - - São Paulo: Atlas,, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Código civil comentado : direito das obrigações : artigos 233 a 420, volume IV / coordenador Álvaro Villaça Azevedo. – São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato social e sua função. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TROIANO, Stefano. *La <<ragionevolezza>> nel diritto dei contratti*. Padova: Cedam, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Novo código civil : texto comparado : código civil de 2002, código civil de 1916. – São Paulo : Atlas, 2002.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. – 2ª edição – Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANETTI, Andrea Cristina. Princípio do equilíbrio contratual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Direito contratual contemporâneo, v. 5 : a liberdade contratual e sua fragmentação. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2008.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva *in* Teoria geral dos contratos / Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores. - - São Paulo: Atlas, 2011.