

# DESCONSTRUINDO A TEORIA DA IMPREVISÃO: PARÂMETROS DEMOCRÁTICOS PARA A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS SOB A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

**ADRIANO AUGUSTO PEREIRA DE CASTRO**

Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de  
Direito Milton Campos. Advogado.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA 2.1. Babilônia 2.2. Roma 2.3. Direito Canônico 2.4. Pós Glosadores 2.5. Outras Contribuições Europeias 2.5.1. Liberalismo 2.5.2. Inglaterra Vitoriana 2.5.3. França Após a Grande Guerra 3. CONSTRUÇÕES DOCTRINÁRIAS 3.1. Intrínsecas 3.1.1. Teorias com Base na Vontade 3.1.1.1. Teoria da Pressuposição Individual 3.1.1.2. Teoria da Pressuposição Típica 3.1.1.3. Teoria da Vontade Marginal ou da Superveniência 3.1.1.4. Teoria da Base do Negócio 3.1.1.5. Teoria do Erro 3.1.1.6. Teoria da Situação Extracontratual 3.1.1.7. Teoria do Dever de Esforço 3.1.2. Teorias com Base na Prestação 3.1.2.1. Teoria do Estado de Necessidade 3.1.2.2. Teoria do Equilíbrio das Prestações 3.2. Extrínsecas 3.2.1. Fundamento na Moral 3.2.2. Fundamento na Boa-Fé 3.2.3. Fundamento na Extensibilidade do Fortuito 3.2.4. Fundamento na Socialização do Direito 3.3. Teorias Brasileiras 3.3.1. Fundamento na Equidade e na Justiça 3.3.2. Previsibilidade Genérica e Imprevisibilidade Específica 4. DIREITO POSITIVO E APLICADO À ESPÉCIE 4.1. Direito Comparado 4.1.1. Itália 4.1.2. Argentina 4.1.3. Portugal 4.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL 4.2.1. Código Civil de 1916 4.2.2. Leis Extravagantes 4.2.3. Código Civil de 2002 4.2.3.1. Crítica à Codificação 4.2.3.2. Enunciados do Conselho da Justiça Federal 4.2.4. O Fim da Teoria da Imprevisão no Direito Positivo Brasileiro 4.3. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA 5. RISCO, RETORNO E IMPREVISÃO 5.1. Normatividade Positivista 5.1.1. O Problema Lógico 5.1.2. O Esgotamento do Sistema Positivista 5.2. Análise Econômica do Direito 5.2.1. Função Econômica da Teoria da Imprevisão 5.2.2. Outras Aplicações Similares 5.3. O Risco na Sociedade Contemporânea 5.3.1. O Paradoxo da Segurança 5.3.2. A Teoria da Imprevisão como Redutora de Riscos 6. HEURÍSTICA APLICADA À TEORIA DA IMPREVISÃO 7. CONCLUSÕES

## RESUMO

A Política e o Direito são as duas formas civilizadamente aceitas para a composição e solução de litígios nas sociedades contemporâneas. Ambos têm função de promover a ordem e a estabilidade social. Esses objetivos, quando democraticamente atingidos, geram subprodutos desejáveis nos demais sub-sistemas sociais. Na Economia, acredita-se que a segurança jurídica é mecanismo hábil a produzir eficiência, sendo esse o objetivo do Direito sob a Análise Econômica do Direito. O milenar princípio do *pacta sunt servanda* é manifestação dessa idéia, pois, em tese, seria mecanismo adequado para promover a máxima eficácia dos contratos como meio de circulação de riquezas. Incitando o desenvolvimento econômico, o *pacta sunt servanda* criaria condições macro e microeconômicas para a prosperidade material que a sociedade, com suas sempre crescentes demandas, necessita. Em determinadas condições, entretanto, interessa ao Direito permitir que os agentes econômicos se desonerem dos ônus decorrentes da assunção de todos os riscos possíveis para a execução dos contratos para permitir socialmente mais adequada

alocação de recursos no sub-sistema econômico. O Direito, nesse contexto, utilizando-se de construção eminentemente doutrinária denominada “teoria da imprevisão”, permite remissão de prejuízos ruinosos e a socialização de riscos não necessariamente imprevisíveis, mas suficientemente improváveis, quando da contratação, aliviando recursos da securitização para a produção e produzindo estímulos heurísticos à contratação.

## 1. INTRODUÇÃO

Este estudo depreende esforço crítico-metodológico para estabelecer correlações entre a construção doutrinária denominada “teoria da imprevisão” ao complexo histórico que a fundamenta, buscando identificar as linhas-mestras de sua evolução, criticando-a sob o enfoque da Análise Econômica do Direito para então projetar cenários democráticos de desenvolvimento.

A “teoria da imprevisão” é tema cuja discussão produz mais calor do que luz. Ninguém consegue precisar quando seus principais conceitos surgiram, quando foi adequadamente instrumentalizada, quais são seus componentes, seu suporte fático etc. Mas ela superou esses obstáculos e acabou sendo incorporada nos diversos ordenamentos positivos contemporâneos.

Desafia a argúcia da doutrina definir a teoria da imprevisão. Sua idéia principal repousa na concessão ao juiz do poder de rever contratos particulares a requerimento de uma das partes quando eventos posteriores à contratação tornam ruinoso a prestação avençada. Esse é seu conceito-chave, mas não a explica suficientemente, nem consegue distingui-la de outros institutos jurídicos semelhantes ou correlatos.

Na insuficiência conceitual, a retórica teve papel fundamental para sua aceitação nos tribunais. “Velha como a própria humanidade”, “fruto da justiça suprema” etc. são algumas das belas ilustrações criadas para convencer leitores, mas de pouca utilidade científica. De fato, circunlóquios vazios como “imprevisível é o que não se pode prever”, “o que não é previsto”, “somente o extraordinário, o que não se costuma acontecer” não apenas nada dizem, mas são os principais argumentos apresentados por bons autores jurídicos e pelos tribunais.

Na verdade, entende-se que a teoria de imprevisão não tem explicação puramente jurídica. Bem, pelo menos sob o tradicional paradigma normativo-positivista das Ciências Jurídicas estabelecido por HANS Kelsen. O esgotamento dessa doutrina já dá sinais bastante evidentes em vários outros ramos do direito, em particular no Direito Constitucional, e a teoria da imprevisão é um desses sintomas que trespassa o âmbito enciclopédico do Direito Público para se manifestar na quintessência do Direito Privado, os contratos.

Pela Análise Econômica do Direito, concepção doutrinária cujo maior defensor é o juiz norte-americano RICHARD POSNER, a teoria da imprevisão é mais facilmente compreendida como antes um elemento de dispersão democrática (ou, pelo menos, socialmente toleráveis) de riscos econômicos sistêmicos por meio do Poder Judiciário. Pelo paradigma kelseniano, ao revés, a solução de lides pelo uso da teoria da imprevisão se assemelha mais à pura aplicação de poder autoritário de um juízo autocrático, uma solução em essência arbitrária e indesejável — seria o que o juiz “acha que deveria ser”, não o que “deve ser” para o Direito.

Explica-se: em Kelsen, a aplicação da teoria da imprevisão é irmã da inconstitucionalidade, especialmente pela garantia constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito (CR, art. 5.º, XXXVI). Mesmo se reconhecendo o papel da lei como regulador da constituição, as explicações são insatisfatórias, repousando antes na autoridade judicial do que na promoção do Estado Democrático de Direito.

A antinomia normativista entre a possibilidade da revisão judicial dos contratos e o *pacta sunt servanda* não é recente, e se refletiu na crônica incapacidade da doutrina em definir

suficientemente a teoria da imprevisão. Espera-se, neste estudo, colaborar para a superação desse obstáculo.

## 2. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Se o Direito é uma ciência histórica, e se a História nos permite entender e explicar o presente, inescusável a remissão à evolução histórica da atual teoria da imprevisão. A relevância e a pertinência da etapa histórica em comento será o filtro para seleção da extensão da abordagem.

### 2.1. Babilônia

Por influência de OTHON SINDOU (1984:03), quase todos autores nacionais (VENOSA, 2004:481; THEODORO JÚNIOR, 1999:113; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2004:294, entre outros) se referem ao Código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas, tábua 48, como a mais antiga remissão àquilo que hoje se denomina teoria da imprevisão. Sua redação é a seguinte:

“Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de 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.”

Discorda-se dos posicionamentos doutrinários. A Lei das XII Tábuas antes se refere à **força maior** do que à teoria da imprevisão. Ademais, não há evidência de qualquer influência do Código de Hamurabi na revisão judicial dos contratos seja em épocas medievais, renascentistas, moderna ou contemporânea, tornando-a irrelevante para o estudo.

### 2.2. Roma

PAULO CARNEIRO MAIA (1959:41), influenciado pelo italiano OSTI, se esforça para procurar vínculos da teoria da imprevisão no Direito Romano, sem sucesso. Argumentam que a questão nunca fora posta no direito romano no modo pelo qual hoje é formulada, mas ela estava subjacente ao sistema. Prosseguem dizendo que as fontes jurídicas romanas não penetraram no dogma genérico da eficácia vinculativa da promessa, jamais podendo, assim, encontrar expressão geral, o princípio da condicionalidade dos vínculos consensuais na persistência de determinado estado de fato.

Interessante o esforço dos autores, mas rechaçado pela doutrina, que não se impressionou pelas copiosas citações de Cícero, Africano, Sêneca e Nerácio. Nega-se origem romana à teoria da imprevisão. Acredita-se incompatível a teoria da imprevisão à *obligatio* romana, pois a obrigação ligava não os patrimônios individuais, mas os próprios corpos dos contratantes:

No princípio, em razão da pessoalidade do vínculo, o devedor se achava comprometido e respondia com o próprio corpo pelo seu cumprimento, estabelecendo-se o poder do credor sobre ele (*nexum*), compatível com a redução do obrigado à escravidão (*manus iniectio*), se faltava o resgate da dívida. Essas idéias eram tão naturalmente recebidas que não repugnava impor sobre o devedor insolvente um macabro concurso creditório, levando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida e dividia-se o seu corpo pelos credores, o que, aliás, está na Tabula III: “*tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto*”. (CAIO MÁRIO, 1994:07-08)

Se o devedor inadimplente poderia ser levado pelos credores para além do rio Tíbre e lá, morto e esquartejado, como se explicar que nenhum romano foi liberado com base em algo remotamente similar à teoria da imprevisão?

### 2.3. Direito Canônico

Somente um milênio após a queda de Roma se pode apontar as raízes da teoria da imprevisão. Na Itália do Século XIII, os canonistas, imbuídos de forte moralidade cristã, impingiram ao Direito finalidade social e caritativa (THEODORO JÚNIOR, 1999:113)

Seu valor histórico reside em ser a primeira admissão à revisão contratual, ao se permitir a relativização do *pacta sunt servanda*. Não se tratou de ruptura substancial com os modelos históricos: a revisão somente era possível nas renúncias (MAIA, 1959:46)

Desde o princípio se verificou a dificuldade de se fixarem os contornos da teoria da imprevisão. A melhor glosa sobre a matéria se atribui a BARTOLO, ao comentar texto de Nerácio: em todo contrato é preciso supor a cláusula *rebus sic habentibus*, isto é, conceber que as partes aquiesceram em manter o contrato somente se as circunstâncias da sua celebração não mudarem.

A escrita de BARTOLO, na citação de MAIA (1959:46):

*Quod tene menti; quia quando quis renunciat in aliqua re omni júri, quod habet vel habere potest vel posset: oportet enim intelligi **rebus sic habentibus**, h. e. ex aliquo jure quod est de praesenti re vel spe*

A redação quase chegou aos nossos dias: se cláusula *rebus sic habentibus* foi aceita até o Século XVIII. Destaca-se, entretanto, que se formulou antes um princípio a um instituto operacional: em todas as promessas e renúncias podem influir as mudanças do estado de fato.

### 2.4. Pós Glosadores

Foram os pós-glosadores, também conhecidos como Bartolistas, que conseguiram redigir a consagrada da cláusula *rebus sic stantibus*. Atribui-se a ANDRÉ ALCIATO a proeza:

*“contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, **rebus sic stantibus** intelliguntur.”*

Vale dizer: “os pactos de execução continuada e dependente do futuro entendem-se permanecendo como estão”. Em outras palavras, só se compreendem (e se executam) os contratos não havendo alteração essencial nas coisas, ou nos acontecimentos posteriores.

Ultrapassou-se a concepção da revisão contratual somente nos casos de renúncia, mas não se conseguiu densificar o conceito ao ponto de transformá-lo em um instituto. A cláusula *rebus sic stantibus*, que se presumia implícita em toda relação negocial, era em essência um princípio geral do Direito.

### 2.5. Outras Contribuições Europeias

Conjugando os ensinamentos de PAULO CARNEIRO MAIA e ANÍSIO JOSÉ DE OLIVEIRA, temos referências à admissão da cláusula *rebus sic stantibus* pela código bávaro, de 1756, pelo código prussiano, de 1774, e pelo código austríaco, de 1811, entre outros.

As Ordenações Filipinas continham antes disposições referentes ao caso fortuito, à força maior e ao dirigismo contratual do que à teoria da imprevisão: o curso forçado da moeda

portuguesa permitia a revisão de antigos contratos precificados em ouro.

Interessante notar que desde as origens da cláusula *rebus sic stantibus* se excluía a aplicação aos contratos aleatórios.

### 2.5.1. Liberalismo

Após um demorado florescimento, a aplicação cláusula *rebus sic stantibus* entrou em franca decadência pouco tempo depois de começar a se integrar nos códigos legislativos, nos fins dos séculos XVIII e início do XIX. Explica-se pelo advento do Liberalismo e das revoluções burguesas.

A História é cíclica e a exaltação burguesa à autonomia da vontade e à inviolabilidade das convenções aproximava o Direito da época ao romano e ao império do aforismo “*ab initio sunt voluntatis ex posto facto sunt necessitatis*” (MAIA, 1959:66). O ápice da repulsa ao princípio do *rebus sic stantibus* está no Código Napoleônico, art. 1134: “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*” Em português, “o contrato faz lei entre as partes”.

O Direito reflete a época e, no caso, a intervenção estatal era entendida como intervenção autocrática aos assuntos burgueses — até então, os juízes eram nobres nomeados pelo Rei da França. O individualismo revolucionário deve ser entendido antes uma negação da “sapiência” e da “bondade” dos nobres “divinamente iluminados” do que, em primeiro plano, elogio à autonomia da vontade e à liberdade negocial.

### 2.5.2. Inglaterra Vitoriana

A Inglaterra possui sistema jurídico próprio, substancialmente distinto do europeu continental, tornando melindrosa tentativa de ligação direta entre seus precedentes judiciais à evolução da teoria da imprevisão. Mas foi na Inglaterra, o berço do liberalismo, que rompeu com um século de rejeição à aplicação da teoria da imprevisão.

Em 1907, às vésperas da coroação de Eduardo VII como Rei da Inglaterra, sofreu o futuro monarca de apendicite, patologia com alto grau de mortalidade à época. Quase desenganado, o Homem Mais Poderoso do Mundo se submeteu a então arriscadíssima e experimental cirurgia de extração do apêndice — a cirurgia foi um sucesso, o tratamento pela intervenção cirúrgica precoce nos casos de apendicite é prescrito até hoje, Eduardo VII sobreviveu, se restabeleceu e foi coroado Rei da Inglaterra poucos meses após a cirurgia.

Restou o problema dos “casos das localidades da coroação” — *coronation nat cases* (BESSONE, 1997:216). Os imóveis onde originalmente passaria a comitiva real foram alugados a preços elevadíssimos por causa disso, mas a coroação fora adiada pela moléstia súbita do monarca. Os tribunais ingleses, nesse precedente, consideraram desobrigados os locatários dos aluguéis avençados com fundamento na *frustration of the adventure*. No comentário de CÉSAR FIUZA (2004:39), todo contrato teria uma condição implícita (*implied condition*) de que as circunstâncias externas permaneçam do mesmo modo no momento da execução.

Como não podemos abandonar a veia crítica às leituras, imaginamos quem foram os beneficiários dessa decisão, revolucionária para os padrões ingleses: provavelmente, outros nobres europeus convidados para o evento, literalmente os “amigos do rei”, os principais beneficiários dos sistemas político e jurídico da época.

### 2.5.3. França Após a Grande Guerra

A Grande Guerra de 1914-1918 mudou radicalmente as relações sociais, econômicas e

políticas até então vigentes. A Itália editou lei concedendo moratória e permitindo a revisão de contratos afetados pelos acontecimentos militares já quando da sua entrada no conflito, no começo de 1915, com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*, mas a doutrina credita à França o mérito de ter implementado positivamente a contemporânea figura da teoria da imprevisão.

À semelhança do ocorrido na Inglaterra, foram interesses de grupos econômica e politicamente poderosos que deflagraram o retorno da revisão contratual. A teoria da imprevisão francesa veio a roldão dos interesses de grandes grupos industriais, que se vinculavam a contratos de longo prazo para o fornecimento de carvão. As principais fontes de carvão eram minas localizadas na Alemanha ou em territórios franceses ocupados pela Alemanha. Com a interdição dessas fontes, e pelas novas demandas surgidas do esforço de Guerra, a oferta de carvão não mais atendia a demanda. Pelo menos, não por um preço próximo ao anterior à eclosão das hostilidades. A questão era inquietante, tratava-se da ruína de setores inteiros da economia francesa, já combatida em homens, capitais e recursos pelo esforço de guerra.

Se antes da Grande Guerra se creditava ao Estado tanto poder para interferir na economia como às condições climáticas, durante o conflito se consagrou a tese da “Guerra Total”, que os embates militares não se referiam somente aos exércitos que cada nação conseguiria reunir, mas à capacidade de cada economia suportar esforços de guerra prolongados.

A França, vitoriosa nos campos de batalha, fraquejava economicamente. A Corte de Cassações resistia aos pedidos de revisão contratual, como sempre fizera desde a edição do Código Napoleônico. Mas a roda da história girara, e o Conselho de Estado cedeu à pressão dos fatos, e passou a admitir a revisão contratual.

Para harmonizar as decisões, editou-se a famosa **Lei Failliot**, em 21/05/1918: os contratos comerciais cujo cumprimento dependesse do futuro celebrados antes de 1.º de agosto de 1914 (início das hostilidades), poderiam ser resolvidos durante o conflito e até três meses antes de seu término (que se deu em 11/11/1918) se, em virtude do estado de guerra, a execução das obrigações de qualquer dos contratantes lhe causasse prejuízos cuja importância excedesse de muito as previsões que pudessem ser razoavelmente feitas ao tempo da convenção (BESSONE, 1997:218).

Crítica-se se trata da aplicação da teoria da imprevisão ou uma manifestação qualquer de dirigismo contratual. Não se criou ferramenta perene de revisão contratual, mas sim de resolução pontual de contratos celebrados antes de 1.º de agosto de 1914, com curta janela de aplicação (até 11/02/1919).

A Lei Failliot tem como principal mérito ser termo final de vigência da concepção liberal que vigorara no pensamento europeu de então. A Grande Guerra não devastou apenas vidas, bens, sistemas e regimes políticos: rompera-se o Direito revolucionário, abriu-se a era do dirigismo contratual e da socialização dos contratos.

### 3. CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS

ANÍSIO JOSÉ DE OLIVEIRA e CÉSAR FIÚZA discorrem sobre as principais concepções teóricas sobre a evolução conceitual da teoria da imprevisão. Justifica-se seu estudo para evitarmos hoje a repetição de argumentos superados para explicação do instituto.

Várias teorias digladiaram para lhe servir de fundamentação. Nenhum denominador comum foi encontrado. A própria nomenclatura das teorias é variável. Citando NEHEMIAS GUEIROS:

Cada uma dessas construções constituía verdadeira teoria à parte, destinada a justificar o afrouxamento do laço contratual — para desatá-lo em definitivo ou para torná-lo menos incômodo — a verdade é que o nome de *imprevisão*, vulgarizado pela doutrina francesa, ganhou, definitivamente, foros de cidade em relação à matéria. (*apud* MAIA, 1959:147)

Os diversos matizes que apresentam as várias teorias somente ressaltam a necessidade de se adaptar o contrato quando há desvios significativos entre a execução ajustada e a prestada. Sem dúvida, fascinante e didático exercício de argumentação jurídica o seu estudo.

### 3.1. Intrínsecas

Várias concepções teóricas foram elaboradas sugerindo a aplicação da teoria da imprevisão com base em elementos intrínsecos à relação negocial, seja a vontade das partes, seja a prestação avençada.

#### 3.1.1. Teorias com Base na Vontade

A crítica comum às teorias com base na vontade é que elas se referem antes aos vícios do consentimento do que à teoria da imprevisão propriamente dita. Os vícios do consentimento são todos, inescusavelmente, anteriores à celebração do contrato — e exatamente por isso o viciam, pois a vontade manifestada não produziu os efeitos desejados.

##### 3.1.1.1. Teoria da Pressuposição Individual

Desenvolvida pelos austríaco Windscheid em 1850, inaugura a fase de estudos contemporânea da teoria da imprevisão. Funda-se na hipótese de quem faz um contrato parte do pressuposto de que tudo ocorrerá normalmente e se, por acaso, isso não ocorrer a parte contrária não terá culpa, ela se desobriga. Ou seja, em todo negócio jurídico de execução futura, diferida ou continuada haveria um pressuposto tácito que a obrigação não sofrerá oscilações além daquelas consideradas “normais”. A pressuposição agiria como uma “autolimitação da vontade”, dando vida a uma *conditio* e a uma *exceptio* (OLIVEIRA, 1968:92).

Critica-se a teoria porque ela é sumamente subjetiva e, em conseqüência, falha. Confunde-se condição-causa com motivo: a eficácia de um contrato bilateral pode ser destruído por uma só das partes.

Entretanto, a teoria, em si, alcançou grande repercussão e influenciou diretamente nas construções que lhe sucederam sobre a flexibilidade contratual (MAIA, 1968:166).

##### 3.1.1.2. Teoria da Pressuposição Típica

Ventilada por FIÚZA (2004:388), atribui-se a sua autoria a PICKSO, que desenvolveu a teoria da pressuposição individual de WINDSCHEID. PICKSO afirma que a pressuposição subjetiva tem a ver com os motivos do contrato. Ao lado dela, há uma pressuposição fática, uma situação de fato sobre a qual todo contrato de certa classe é celebrado.

A empreitada, por exemplo, supõe que os preços dos serviços serão prestados de acordo com os custos dos materiais, que podem variar de acordo dentro de certos limites. Além desses limites, o contrato deixa de existir.

Critica-se a teoria porque ela não se refere à teoria da imprevisão, uma vez que basta que as circunstâncias futuras contrariem a pressuposição típica para que ele seja revisto. Como se saberá o que é e o que não é uma pressuposição típica de cada contrato? A teoria também não

apresenta critérios minimamente objetivos para servirem de parâmetros à atuação judicial, sendo janela aberta para o arbítrio do julgador.

### 3.1.1.3. *Teoria da Vontade Marginal ou da Superveniência*

Desenvolvida por GIUSEPPE OSTI, um dos principais estudiosos da teoria da imprevisão no século XIX, também se baseia na vontade. Formulada pouco antes da conflagração de 1914, apresentava muitos pontos de contato com a teoria da pressuposição (MAIA, 1959:167). Quando se contrata para execução futura, a vontade se dividiria em duas: quando da contratação, e quando da execução. A vontade marginal traduziria uma ação voluntária do agente no momento da execução do contrato.

A **vontade contratual** é a primeira vontade, a vontade de obrigar-se. Ato volitivo perfeito e acabado. A **vontade marginal** é a vontade de realizar a prestação, dependente esta da vontade do promitente, na ocasião de ser cumprida a obrigação.

Critica-se seu subjetivismo. A existência do direito obrigacional se dá exatamente para assegurar que quando da execução a “vontade marginal” do obrigado não se esvaia. O contrato, uma vez celebrado, poderia ser resolvido pelo arbítrio de uma das partes. Também se critica da real necessidade de uma das partes saber qual foi ou qual seria a primeira vontade ou vontade marginal da outra (OLIVEIRA, 1968:97).

### 3.1.1.4. *Teoria da Base do Negócio*

Desenvolvida por PAUL OERTMANN a partir da rejeição à teoria da pressuposição subjetiva de WINDSCHEID. A pressuposição deveria ser bilateral e não apenas subjetiva como sugeria WINDSCHEID. As partes celebrariam o contrato partindo ambas da pressuposição de que a base do negócio permaneça a mesma.

É a “representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida na sua integridade e não repelida pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, em que se baseia a vontade negocial” (OLIVEIRA, 1968:99).

Reconhece-se a evolução do conceito, mas ainda não é teoria da imprevisão. É excessivamente ampla, foi severamente criticada por LARENZ e LEHMANN, conforme relato de FIÚZA (2004:390).

### 3.1.1.5. *Teoria do Erro*

Fruto de ACHILLE GIOVÈNE. O negócio jurídico acoimado de erro tem duas vontades: a vontade real e a declarada em decorrência da falsa representação do objeto da manifestação.

Mantém a distinção de OSTI entre o ato da vontade e a vontade marginal, mas muda-lhe a aplicação. Falhando as representações objetivas da vontade quando da execução em virtude de evento imprevisto, há um **erro**, desobrigando o promitente.

A teoria é falha em seu mais alto grau. O erro é anterior à manifestação da vontade, é um vício do negócio jurídico, não uma causa de sua rescisão (OLIVEIRA, 1968:104).

### 3.1.1.6. *Teoria da Situação Extracontratual*

A concepção da vontade como fundamento da teoria da imprevisão teve vários adeptos. A. BRUZIN foi mais um deles, com ponto de partida no conhecido princípio que o contrato liga



as partes como se lei fosse.

Se como lei vige o contrato para as partes, como tal deve ser interpretada. Não se pode dar extensão maior ao acordo contratual do que aquela que havia quando da manifestação da vontade. As partes, quando contrataram, previram todos os efeitos jurídicos e econômicos resultantes do seu ato. Mas essa previsão só é possível até certo ponto, reputando-se imprevisível o que ocorre além desse limite.

As situações contratuais seriam aquelas previsíveis pelas partes quando da contratação. As extracontratuais seriam exatamente aquelas que não eram dados à mente prever. A força obrigatória dos contratos estaria circunscrita às situações contratuais. Surgindo um evento imprevisível (extracontratual), cessa a força obrigatória de se cumprir o ajustado aquém do extracontratual.

A teoria trilha caminho interessante, mas cria uma antinomia: se o extracontratual não obriga, como explicar o *rebus sic stantibus* se é essa cláusula a quintessência do extracontratual? Ao invés de explicá-la, nega-lhe. Também confunde o fato contratual, uma realidade, com a situação extracontratual, uma ficção (OLIVEIRA, 1968:106)

#### 3.1.1.7. Teoria do Dever de Esforço

Uma última investida pela fundamentação na vontade está na teoria de R. HARTMANN. Ele substitui as obrigações de dar, fazer e não fazer pelo conceito do **dever de esforço**. O contrato não se dá por seu resultado, mas pelo dever de diligência ou esforço das partes em cumpri-lo.

Não se preocupa com a prestação mas com o desprendimento desempenhado pelos contratantes. Não se pesquisa a culpa (*lato sensu*), mas o zelo na consecução do contratado.

Critica-se veementemente: se a obrigação exige determinado esforço, e o devedor a cumpre plenamente executando esforço menor que o deduzido, a obrigação não estaria cumprida. A obrigação nasce aleijada de seu objeto, o que é bastante inusitado. Enfim, esquece-se HARTMANN da distinção entre contratos de meio e contratos de resultado. Sua teoria não se aplica, simplesmente, aos contratos de resultado. “Como se vê, abrange apenas uma parte da realidade” (OLIVEIRA, 1968:109).

### 3.1.2. Teorias com Base na Prestação

As teorias com base na prestação buscaram explicar o fenômeno da teoria da imprevisão manejando a escala da comutatividade contratual. Também não foram bem-sucedidas porque mantêm o foco em elementos intrínsecos aos negócios jurídico e a teoria da imprevisão exige fatos alheios à realidade negocial para se manifestar.

#### 3.1.2.1. Teoria do Estado de Necessidade

LEHMAN e COVIELO discorrem sobre o estado de necessidade como supedâneo da revisão contratual pela teoria da imprevisão. O estado de necessidade não seria uma causa de extinção de responsabilidade, mas um título constitutivo de direito.

Quem pratica um fato encontrando-se em estado de necessidade, pratica-o para evitar mal maior, ficando isento de crime. E quem pode afirmar que quem não cumpre o prometido em virtude da suma onerosidade decorrente de um fato imprevisível evitou um mal maior (OLIVEIRA, 1968: 111).

Criticas: o estado de necessidade é uma faculdade e não um direito, pois este é

correspondente a uma obrigação. Há obrigação do credor não receber sua obrigação? Também confunde estado de necessidade com onerosidade excessiva.

### 3.1.2.2. *Teoria do Equilíbrio das Prestações*

GIORGI e LENEI utilizam-se da comutatividade como trava rígida para o equilíbrio contratual. O rompimento do equilíbrio contratual e pré-ordenada dos contratantes exige da equidade e da justiça intervenção para se restabelecer a situação anterior, para fazer cessar a desigualdade ou a desproporcionalidade.

Critica-se a necessidade de se aliar um mecanismo de aplicação prática à uma utópica justiça comutativa plena. Isso nunca será alcançado. E qual será a medida de valor para julgar a desproporção das prestações? Também não distingue a possibilidade de não haver equivalência das prestações nos contratos aleatórios. A equivalência das prestações não pode ser elevada a uma condição normal de validade do negócio jurídico porque a lei não a estabelece.

## 3.2. Extrínsecas

O fundamento da teoria da imprevisão não repousa em elementos internos à relação negocial. Após muita discussão, finalmente se chegou à conclusão que o evento imprevisível deve ser alheio às partes.

### 3.2.1. Fundamento na Moral

Todo contrato leva consigo uma idéia de segurança. Transformar essa segurança contratual em mecanismo de ruína atenta contra a moral. GEORGE RIPERT (19) extrai da relação jurídica o fundamento da revisão contratual e estende sua aplicação a todos os atos jurídicos.

Se após celebrar um contrato surgir fato imprevisível tornando a prestação sumamente onerosa, o cumprimento desse contrato atenta contra a moral.

Críticas: a moral é um valor, e oscila conforme a sociedade. Os positivistas têm calafrios com a concepção de RIPERT. Para os marxistas, moral é aquilo que está de acordo com a finalidade do Estado. Isso é justo? (OLIVEIRA, 1968:121) Trata-se de uma pergunta que não tem solução certa, pois nos referimos a um valor. A moral não é justa ou injusta, ela vale, e só isso.

O Direito não é uma “ciência pura” como desejam os positivistas, mas também não é uma extensão da moral. A moral não resolveu a questão para os pós-glosadores na Idade Média, e continua sendo insuficiente para explicar a teoria da imprevisão com objetividade.

### 3.2.2. Fundamento na Boa-Fé

A boa-fé é uma regra que se aplica à generalidade dos contratos. WENDT afirma que a boa-fé seria a explicação mais convincente para a justificação da cláusula *rebus sic stantibus*, pois não cabe ao legislador prever tudo o que possa aparecer no desenrolar do contrato. A boa-fé seria a “válvula de segurança” para a convincente aplicação do direito ao caso concreto (OLIVEIRA, 1968:122).

Crítica: moral e boa-fé são valores, e não servem para fundamentar *per se* a teoria da imprevisão. A boa-fé pode ser um princípio informativo na aplicação de regras, não são regras por si. Não se define *ex nunc* moral e boa-fé.

### 3.2.3. Fundamento na Extensibilidade do Fortuito

Jurisprudências alemã, inglesa e francesa acolheram em certa medida essa teoria, com desacerto. O caso fortuito e a cláusula *rebus sic stantibus* são institutos diversos: o fortuito advém de uma causa objetiva, enquanto na teoria da imprevisão é o devedor quem não consegue cumprir a obrigação. A situação particular do devedor é levada em conta na aplicação, toma-se em conta inclusive o grau de esforço que deverá tomar para cumprir a obrigação.

Crítica: o caso fortuito não se confunde com a teoria da imprevisão. Ampliar o caso fortuito, equivalendo-o à onerosidade excessiva contingenciada pelo esforço do devedor não parece ser nem a melhor solução, nem explicação para a teoria da imprevisão.

### 3.2.4. Fundamento na Socialização do Direito

Essa teoria, desenvolvida originalmente por RAMON BADENES GASSET, se encaixa nos atuais rumos de desenvolvimento do Direito. A teoria da socialização do direito atuaria no sentido de regular o acordo à vida atual, “afrouxando o despotismo da obrigatoriedade dos ajustes, o qual teria de transferir terreno por causa dos superiores interesses sociais” (OLIVEIRA, 1968:126).

Crítica: de fato, esse entendimento tem sido cada vez mais prestigiado. De fato, a segurança jurídica aos particulares oferecida pelos contratos deve ser sopesada aos interesses sociais na relação bilateral. Peca venalmente pela falta de operabilidade, pela ausência de parâmetros objetivos para sua aplicação, pela extrema insegurança negocial que produz. Peca mortalmente pela contraposição de dois princípios não excludentes, não bipolares: segurança jurídica não é pólo oposto à socialização do direito, logo impossível sopesá-los.

## 3.3. Teorias Brasileiras

Vários autores pátrios também elaboraram arcabouços teóricos para tentar explicar a teoria da imprevisão. Eis alguns dos mais interessantes.

### 3.3.1. Fundamento na Eqüidade e na Justiça

Para ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, o sentimento de justiça, a noção de direito e os princípios da eqüidade ditam, por si mesmos, norma que impede o esmagamento de um dos contratantes para enriquecimento do outro.

O fundamento da teoria da imprevisão não está no erro, na comutatividade, na moral, mas em princípios mais amplos, mais gerais e mais seguros. A eqüidade é elemento essencial e substancial do próprio direito. (OLIVEIRA, 1968:128).

Crítica: a equidade só poderia, em nosso ordenamento, fundamentar a aplicação da teoria da imprevisão enquanto não houver solução legislativa ou quando previsto em lei: CPC, art. 127. Repete-se a crítica ao baixo grau de operabilidade dessa concepção, e a pela dupla contraposição de princípios não-bipolares, não excludentes.

### 3.3.2. Previsibilidade Genérica e Imprevisibilidade Específica

IVES GANDRA MARTINS (*apud* THEODORO JÚNIOR, 1999:131), adequando o discurso à atribulada realidade econômica brasileira, desdobra a questão da em duas partes: primeiro, há uma **previsibilidade genérica** que a inflação será combatida. Mas por outro lado há uma **imprevisibilidade específica** sobre os meios concretamente utilizados pelo governo para o combate à inflação.

Os critérios econômicos ordinários da comutatividade permitem a assunção dos riscos inerentes somente ao próprio negócio entabulado. A álea excepcional decorrente da imprevisibilidade específica não integra a relação contratual, fundamentando a revisão contratual.

Crítica: engenhosa, mas IVES GANDRA em essência repete, com nova roupagem, o discurso de GIORGI e LENEI na Teoria do Equilíbrio das Prestações, só que desta vez reconhecendo fatos externos como modificadores da comutatividade.

## **4. DIREITO POSITIVO E APLICADO À ESPÉCIE**

### **4.1. Direito Comparado**

Produto do engenho medieval, a Europa há muito já amadurece o instituto da revisão judicial dos contratos. Além das concepções teóricas, interessante verificar o contraste entre o direito positivo estrangeiro e o nacional. VENOSA (2004:485-487) apresenta interessante notícia do direito comparado atual.

#### **4.1.1. Itália**

O Código Civil italiano, art. 1.467, traz a mesma solução do nosso CC, art. 479. Interessante verificar mais uma remissão às fontes da nossa codificação.

#### **4.1.2. Argentina**

O Código Civil argentino, art. 1.198, nova redação:

“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 acontecimento 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.”

#### **4.1.3. Portugal**

O Código português avançou no alcance dessa figura jurídica, obtendo uma forma mais vinculada ao negócio jurídico em si e ao princípio da boa-fé, realçando com propriedade a alteração das circunstâncias do contrato. O art. 437 dispõe:

Art. 437. 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 afecte 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 art. 438 desse Código refere-se à mora da parte lesada:

Art. 438. A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do

contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

A legislação comparada mostra os elementos constantes que devem estar presentes na revisão judicial. Deve servir de orientação para a aplicação do instituto entre nós, por imperativo da condição do Direito como ciência histórica.

## 4.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

### 4.2.1. Código Civil de 1916

A teoria da imprevisão somente foi acolhida em nosso ordenamento com o Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 não possuía regra sobre a onerosidade excessiva, orientado que foi por princípios liberais, prestigiando sobremaneira a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*. Todos os diplomas legislativos posteriores ao Código Civil de 1916 antes apresentam regras sobre o dirigismo contratual e onerosidade excessiva do que algo realmente comparável à teoria da imprevisão.

### 4.2.2. Leis Extravagantes

A antiga Lei de Luvas (Decreto 24.150/34) previa a ação revisional do valor de aluguel. Da Lei de Luvas (art. 31) a ação revisional passou para a Lei do Inquilinato (Lei 6649/79), onde se instituiu a majoração periódica de aluguéis, para evitar a corrosão inflacionária, mesmo sem previsão de cláusula de correção monetária. A Lei 8245/91 não só unificou a ação revisional como procedimento (art. 68), mas também fez o mesmo em relação aos seus pressupostos (art. 19).

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos previsto na Lei de Licitações (Lei 8.666) não se compara à teoria da imprevisão, antes é uma aplicação do princípio da moralidade administrativa do que verdadeiramente a teoria da imprevisão.

O mais próximo da teoria da imprevisão que o legislador brasileiro desenvolveu antes do CC/2002 foi a teoria da onerosidade excessiva nos contratos de consumo, prevista no CDC, art. 6.º, V. Mas o CDC não exigiu a imprevisibilidade para que se pudesse rediscutir os termos do contrato, então não há porque chamá-la de teoria da imprevisão.

### 4.2.3. Código Civil de 2002

O atual Código traz três artigos específicos sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva, embora a noção também esteja espalhada por outros dispositivos (VENOSA, 2004:487):

**CC, 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.

Parágrafo único. Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

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

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

Verifica-se que somente ao réu é facultado optar por modificar equitativamente as condições do contrato, solução que nos parece bastante razoável. Afinal, se ao juiz é permitido substituir a vontade das partes, alguma alternativa tem que ser dado ao Ré para poder se eximir de se atrelar a um contrato que não mais lhe interesse.

#### 4.2.3.1. *Crítica à Codificação*

A codificação é bastante infeliz. Pode ser réplica do código italiano, mas não é por isso que ela é boa. Ela recolhe fragmentos de várias concepções teóricas sem deixar claro qual é sua verdadeira opção. E, ao final, busca fundamento na onerosidade excessiva, que é instituto distinto da teoria da imprevisão.

A opção legislativa é redundante: “extraordinários e imprevisíveis” são sinônimos sob mais de um aspecto. Só se pode prever aquilo que já aconteceu antes, ou que se possa racionalmente supor possível de ocorrer, para que se possa projetar um juízo de probabilidade de sua ocorrência futura. Algo que ordinariamente acontece é algo previsível. Algo extraordinário ou é imprevisível, ou é de baixíssima probabilidade de acontecimento — na prática, dá no mesmo.

O CC, art. 478, apresenta taxativamente os tipos contratuais aos quais se refere: os contratos de execução continuada ou diferida. Por que não se aplica aos contratos de execução futura? Qual o motivo dessa opção legislativa? E por que se exigir “extrema vantagem para a outra”? A teoria da imprevisão visa proteger o devedor da ruína, não é uma escala móvel protetora da comutatividade contratual, um ferrão da moral aplicada ao Direito. Mais: por que não facultar ao devedor pagar na medida das suas posses? Porque ele só pode pleitear em juízo o calote?

O CC, art. 478, parágrafo único, trata de questão processual no meio de dispositivos de direito material. Melhor faria se nada fizesse e deixasse ao CPC a regulação da matéria, não há motivo para exceções.

O CC, art. 479, fulmina qualquer necessidade da codificação: o único critério para a revisão judicial do contrato é a equidade. Nada mudou: antes da codificação, o juiz só poderia decidir por equidade na ausência de lei específica e agora, com três normas específicas, as partes devem pedir julgamento por equidade... então, qual a utilidade da positivação?

O ponto mais frágil da codificação é que ela antes se baseia na onerosidade excessiva do que na teoria da imprevisão. Essa falha legislativa destrói a utilidade do CC, arts. 478-480, como se verá em breve.

#### 4.2.3.2. *Enunciados do Conselho da Justiça Federal*

O Conselho da Justiça Federal (CJF) aprovou os seguintes enunciados sobre os artigos em comento, de utilidade bastante duvidosa:

**175** – 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 conseqüências que ele produz.

**176** – Art. 478: 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.

Combate-se o entendimento do CJF, não apenas porque ressuscita técnica hermenêutica abandonada na Baixa Idade Média, a glosa de textos legais, mas por outros e mais imediatos

motivos. O enunciado 175 apresenta uma obviedade, não é o fato imprevisto que autoriza o desequilíbrio, mas sim as conseqüências econômicas por ele introduzidas na relação contratual. O enunciado 176, por sua vez, outorga mais poderes ao juiz do que ele tem: o juiz deve se ater ao pedido, e o devedor só pode pedir a resolução do contrato. Só ao credor existe a possibilidade de pedir a revisão. Enfim, o enunciado 176 busca fundamento em um pretenso “princípio da conservação dos negócios jurídicos”, o que é uma falácia. Esse princípio somente se refere aos casos de vícios dos negócios jurídicos, em particular ao da simulação, no qual se buscará aproveitar os resultados válidos do negócio simulado:

**CC, art. 167.** É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

O enunciado 176 do CNJ simplesmente retirou uma regra aplicável a um contexto específico e o trasladou para outro, incompatível. A simulação é causa de nulidade do negócio jurídico, é vício anterior à contratação, incompatível com a teoria da imprevisão, baseada em modificação posterior à celebração do negócio.

Ambos enunciados tentam estender a competência judicial para revisão contratual para além da vontade das partes, mas não é só por isso que merecem críticas. A crítica mais contundente que se lhes pode fazer é que não enxergaram o evidente: o CC, arts. 478, 479 e 480 são redundantes na atual codificação, e difícil imaginar casos de aplicação diante do conteúdo normativo do CC, art. 317.

#### 4.2.4. O Fim da Teoria da Imprevisão no Direito Positivo Brasileiro

Apesar do Código Civil apresentar três artigos sobre a teoria da imprevisão, poderia fazê-lo em um só. Na verdade, o faz:

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

Todos os requisitos para a boa aplicação da teoria da imprevisão estão presentes nesse singular artigo: fato superveniente à relação contratual, desproporção manifesta, foco na comutatividade contratual (um parâmetro objetivo — “assegure, quanto possível, o valor real da prestação”), mecanismo de correção judicial da distorção. Não impõe requisitos inócuos como “extrema vantagem para a outra parte” ou coisas do gênero, como quando se limita o credor a pedir a resolução do contrato.

O CC, art. 317, além das virtudes apontadas, não comete nenhum dos equívocos dos arts. 478-480: não trata de matéria processual nem se fundamenta na onerosidade excessiva. Não taxa que só se aplica aos contratos de execução continuada ou diferida.

Ironicamente, no momento em que o direito positivo brasileiro finalmente acolhe a teoria da imprevisão, faz do seu berço sua sepultura. Difícil imaginar quem prefira se submeter ao complicado e imprevisível procedimento do CC, arts. 478-480, ponderado única e exclusivamente pelo arbítrio judicial quando dispõe de um parâmetro objetivo e simples no CC, art. 317.

### 4.3. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A despeito da sua recente introdução legislativa, há muito a jurisprudência brasileira acata a teoria de imprevisão. Credita-se ao RE 2675, julgado em 05/01/1938 a conclusão que “a

*regra rebus sic stantibus não é contrária a texto expresso da lei nacional*”, na lembrança de PAULO CARNEIRO MAIA (1959:242).

Muito da jurisprudência brasileira está atrelada às flutuações e inseguranças decorrentes da reiterada recusa do governo em suportar os custos e conseqüências de sua irresponsabilidade fiscal, transferindo-os à sociedade. Plano Cruzado, Plano Verão, Plano Bresser, Plano Brasil Novo, Plano Real são apenas alguns dos eventos macroeconômicos recentes que atingiram as relações contratuais de inopino.

A jurisprudência brasileira tende ao sentido de impor aos particulares os riscos e prejuízos decorrentes de oscilações econômicas e eximir o governo de responsabilidade por sua conduta errática.

Recentemente, passou a julgar da pior maneira possível: aplicou a Justiça salomônica, dividindo entre as partes litigantes os riscos da incúria macroeconômica governamental.

**CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART. 6º, V.**

**I.** Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94).

**II.** Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.

**III.** Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.

**IV.** Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(STJ. 2.<sup>a</sup> Seção. REsp 479.140/SP. Rel. min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. Julg. 12/02/2003. Pub. DJ 04/08/2003. RSTJ vol. 185, p. 323. unânime)

Critica-se essa forma de decisão sob vários aspectos. Primeiro, não é fundamentada juridicamente, pois se baseia unicamente no “senso de justiça” do órgão julgador. Milênios atrás, dir-se-ia que o julgador fora divinamente inspirado, como Salomão. Hoje não mais se aceita esse argumento. Segundo, não há referência a critério lógico ou matemático para “repartir eqüitativamente, pela metade” os índices de reajustes do contrato. Terceiro, não há avaliação do impacto econômico da decisão no caso concreto — o reajuste do contrato pela metade ainda pode ser capaz de levar o devedor à ruína. Quarto, e muito importante, a questão da revisão judicial dos contratos pela teoria da imprevisão não gira sobre quem deve arcar os riscos de um evento superveniente, mas sim evitar ruína injusta do devedor.



## 5. RISCO, RETORNO E IMPREVISÃO

### 5.1. Normatividade Positivista

A despeito dos esforços até agora despendidos, não se está mais perto do conteúdo jurídico da teoria da imprevisão do que os pós-glosadores medievais. As doutrinas clássicas, como o positivismo jurídico, não apresentam explicação coerente para o fenômeno.

#### 5.1.1. O Problema Lógico

Em um sistema normativo no qual a norma fundamental (a Constituição) prescreve um dever-se como “o ato jurídico perfeito é intangível”, estabelece-se uma premissa maior no raciocínio argumentativo. Se a premissa menor é “o contrato validamente celebrado é um ato juridicamente perfeito”, o resultado lógico dessa concatenação de idéias só pode ser um: “os contratos são intangíveis”.

O brocardo jurídico *pacta sunt servanda* somente sintetiza essa exposição lógica. Das várias críticas que se pode fazer à doutrina kelseniana, a falta de lógica interna de seus argumentos não é uma delas. Poder-se-ia aventar a hipótese de haver ressalvas na premissa maior, algo como “o ato jurídico perfeito é intangível, salvo nos casos estabelecidos em lei”, para superar esse aparente conflito de normas. Nesse caso, constrói-se uma antinomia: ou o ato jurídico perfeito é intangível, ou não o é. Se os contratos podem sofrer revisão, das duas alternativas somente uma é verdadeira: ou não são intangíveis, ou não são atos jurídicos perfeitos.

Trata-se de discussão para iniciados nas letras jurídicas. Admite-se, para brevidade da discussão, a verdade do significado “ato jurídico perfeito” ao significante “contrato validamente celebrado”. Se não se pode dissociar “ato jurídico perfeito” de “contrato validamente celebrado”, não há como dissociá-los da intangibilidade.

As soluções são duas, segundo KELSEN (1994:230-231):

Ou se entendem as duas disposições no sentido de que é deixado ao órgão competente para a aplicação da lei, para um Tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando (...) as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra.

Já se demonstrou a impossibilidade lógica-argumentativa de uma norma ser limitada por outra no caso da revisão dos contratos: ou o ato jurídico é intangível, ou não o é. Verifica-se dentro do paradigma normativo kelseniano uma única alternativa para a solução dessa antinomia: deixar a um órgão competente para a aplicação da lei a escolha sobre se deve ou não rever um contrato.

De fato, a histórica demonstra a verdade dessa conclusão correta no citado paradigma: a equidade, a autoridade formal do órgão julgador, fora o único fundamento das decisões judiciais sobre a matéria. O CPC, art. 127, apresentaria fundamental importância como mecanismo positivo de manutenção da lógica interna do sistema positivo.

#### 5.1.2. O Esgotamento do Sistema Positivista

A equidade na revisão judicial dos contratos apresenta, entretanto, sérias deficiências que o crítico contemporâneo não pode desprezar.

Primeira crítica, não é democrática. O único critério para se validar uma revisão é, em essência, o arbítrio, o título da pessoa arrogada em poderes jurisdicionais. Não há porque se

imaginar um magistrado dotado de sapiência superior à dos demais mortais, não há exteriorização dos fundamentos de sua decisão para submetê-la à validação social. Independente dos argumentos e retórica utilizada na sentença, sua essência será não o dever-ser, mas o “deveria-ser” do julgador, o que ele “acha” que deve-ser.

Essa crítica não resvala para a demagogia, a democracia é, antes de tudo, um meio de soluções de problemas por regras prévias e claras, respeitando a participação dos diversos atores sociais. A solução por equidade, bem ou mal, resolve litígios cuja perpetuação não é de interesse público. Mas o dogma democrático é obedecer a Constituição, e se ela diz ser o ato jurídico perfeito intangível, não é questão de equidade a revisão contratual, é mera questão de autoridade de quem julga.

Segunda, e fulminante, crítica, no Brasil a norma fundamental prescreve a proteção dos atos jurídicos perfeitos. A possibilidade de se rever judicialmente um contrato se baseia em uma norma hierarquicamente inferior, na qual retira seu fundamento de validade na própria Constituição. Não é admissível logicamente se entender a lógica de um sistema no qual a norma fundamental e condicionante tem sua aplicação restringida por outra norma de hierarquia inferior e condicionada.

## 5.2. Análise Econômica do Direito

Para mitigar as agruras da percepção de antinomias na normatividade positivista, propõe-se explicação alternativa da teoria da imprevisão sob outro paradigma teórico, a Análise Econômica do Direito, arcabouço no qual se procura explicar os fenômenos jurídicos por meio do uso de argumentação econômica, tentando fazer uso do direito como um mecanismo de aumento da eficiência (POSNER, 2002:28-29).

A teoria da imprevisão se aplica aos contratos, e estes são há milênios sofisticado e eficiente mecanismo para promover a circulação de riquezas. Ao promulgar a Lei Failliot, a França viu-se diante do seguinte dilema econômico: a relativização dos contratos pode provocar insegurança jurídica e aumentar os custos de transação *versus* a iminente falência de importantes grupos econômicos pode provocar ainda mais incertezas diante de uma economia combalida em homens e recursos depois da Grande Guerra. Decidiu-se pela solução jurídica que promoveria maior eficiência econômica naquele momento: os contratos poderiam ser revistos, mas somente os celebrados antes da eclosão da guerra, e mesmo assim por curto período de tempo.

A solução francesa não promoveu insegurança jurídica futura: somente contratos antigos poderiam ser revistos. Aos contratos revistos, entende-se sua eficiência econômica perfeitamente: as inseguranças causadas pela guerra foram superiores àquelas criadas pela revisão.

### 5.2.1. Função Econômica da Teoria da Imprevisão

Identificar as relações econômicas subjacentes à dialética jurídica é apenas o primeiro passo. O Direito serviria para ampliar a riqueza global da sociedade, permitindo o máximo de eficiência na produção de bens e serviços desejados pelo menor custo social possível.

Nesse contexto, a teoria da imprevisão deixaria de ser uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda* para se transformar em um mecanismo de dispersão de determinados riscos sociais sistêmicos. A sociedade tem demandas que exigem a alocação do máximo de recursos no setor produtivo. Prevenir-se contra eventos futuros que possam causar impacto na relação contratual induz aos agentes deslocarem recursos do objeto do contrato para sua securitização.

A proteção do ambiente econômico original de um contrato tem custos às vezes bastante elevados. O preço é o principal transmissor de informações referentes ao nível de

proteção que cada contratante deve tomar, e o mercado seu principal árbitro. Se o contratante, ao proteger a viabilidade econômica da execução de um contrato de execução futura, continuada ou diferida não conseguir atingir o preço que o mercado paga pelo produto ou serviço que oferece, supõe-se que o risco de tal evento contra o qual se contratou proteção não é de ocorrência socialmente aceitável ou entendido como provável.

A grande quantidade de ações revisionais decorrentes das variações cambiais são sintoma claro que o mercado não aceitava o preço (=ineficiência) decorrente da alocação de recursos para a proteção de contratos por meio de *hedges* cambiais. O Governo atuara eficientemente como ordenador de expectativas ao sustentar que manteria o valor da moeda. Daí o inconformismo demonstrado no estudo da jurisprudência sobre a questão depois da máxima desvalorização monetária.

### 5.2.2. Outras Aplicações Similares

Se houver impossibilidade física da execução do contrato por evento superveniente e julgado de improvável ocorrência quando da contratação, há **caso fortuito**. Justifica-se a exoneração do devedor porque se supõe que o pagamento do credor fora aplicado para fazer render frutos na contraprestação avençada. Como no caso fortuito todos perderam recursos (o credor, que os emprestara; e o devedor, que teve a aplicação dos recursos destruída), cobrar do devedor a dívida assumida seria, no caso fortuito, exonerar o credor de parcela dos riscos do empreendimento superior àquela admissível socialmente.

O instituto da **força maior** recebe o mesmo tratamento jurídico do caso fortuito por razões ligeiramente diferentes sob a ótica da Análise Econômica do Direito. O evento era previsível, mas sua intensidade, não. Em linguagem mais preciso, pode-se dizer que a probabilidade de ocorrência do evento era aceita pelas partes e seus efeitos, embutidos no preço; a probabilidade de ocorrência do evento com a intensidade verificada, como no caso do caso fortuito, é que não fora aceita na relação contratual.

A **onerosidade excessiva** se explicaria por razões diversas. A ruína de agentes econômicos é aceita socialmente e considerada economicamente eficiente quando aceitos os riscos envolvidos na operação — por exemplo, nos mercados de valores e futuro. Se, por algum motivo, os riscos contratuais aumentam sem correspondente ajuste no retorno esperado (por um evento superveniente e não esperado), trata-se de evento indesejado. A revisão contratual será possível nesse caso, não por questão de equidade, moral ou boa-fé, mas porque em um mercado eficiente se espera que o preço adequadamente traduza os riscos e retornos envolvidos em uma operação, e isso não acontecera no caso de onerosidade excessiva.

Proteger os agentes econômicos da possibilidade de ruína por impossibilidade econômica de cumprimento do contrato por motivo superveniente, alheio à relação e não esperado (=precificado) é de grande interesse de um sistema jurídico que visa preservar seus agentes econômicos. Para avançar na discussão, interessa discutir a questão do risco na sociedade contemporânea.

### 5.3. O Risco na Sociedade Contemporânea

Segundo RAFFAELE DE GIORGI (1998:180), anteriormente a sociedade poderia identificar um desvio da sua normalidade a partir do consenso sobre o que caracterizaria as irregularidades. A autodescrição da sociedade estabilizada na racionalidade permitia que se pudesse apontar a normalidade e, por conseqüência, a fronteira dos comportamentos “desviantes”. A evolução dessa racionalidade fez com que a própria normalidade pudesse ser preenchida por regularidade anômala, fortalecida por estruturas de controles de desvio

construídas sobre o pilar de expectativas incertas. Assim, um comportamento, por mais que anormal, opera na estrutura seletiva da normalidade, dando segurança à ação e tornando-a normal; logo, o que acontece regularmente é normal, e o irregular simplesmente passa a ser passado.

Mas tudo mudou. Como o próprio DE GIORGI (1998:189) apresenta, “*Hoje, esta autodescrição da sociedade fragmentou-se*”, comentando as grandes transformações que passou a sociedade nas últimas décadas e que a privou do fundamento para a autodescrição, a estabilidade da relação entre racionalidade e tempo. Eventos como o colapso do socialismo demonstraram, inversamente, o quão precária era essa relação.

### 5.3.1. O Paradoxo da Segurança

A sociedade contemporânea é caracterizada por uma imensa capacidade de produzir indeterminações; e suas decisões têm caráter contingente e mutável. “*Na sociedade contemporânea, reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade*” (DE GIORGI, 1998:189).

A sociedade complexa poderia usar seu domínio do conhecimento para prever os fenômenos que lhe atingem, mas não consegue fazê-lo. A alta complexidade autoproduzida pela sociedade moderna faz da precariedade da relação da razão com o tempo um pressuposto estável do agir.

Não é que atualmente nossas circunstâncias de vida tenham se tornado menos previsíveis do que costumavam ser; o que mudou foram as origens da imprevisibilidade. Muitas incertezas com que nos defrontamos hoje foram criadas pelo próprio desenvolvimento do conhecimento humano. (ANTHONY BECK, *apud* FÉLIX, 2004:225).

Para os babilônios, a chuva e a seca produzidas por Uruk, o seu deus supremo, era imprevisível e justificava dispositivo na Lei das XII Tábuas. Hoje, mesmo com observação meteorológica por satélites, não estamos mais próximos que os antigos de prever a precipitação pluviométrica anual, mas existem sofisticados mecanismos financeiros para dispersão do risco de quebra da safra.

Ao invés de chuvas e alagações, preocupam-nos as flutuações cambiais, o congelamento de ativos financeiros e o terrorismo internacional, por exemplo. O desenvolvimento do conhecimento humano criou novas fronteiras para a incerteza surgir na relação contratual.

Para CAMPILONGO (83), “*na sociedade contemporânea, mais do que a eventualidade do perigo, o que caracteriza o mundo atual é a inevitabilidade dos riscos*”. Na opinião de RAFFAELE DE GIORGI (1998:193):

O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. **É uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação segundo a diferença de probabilidade-improbabilidade.** (grifou-se)

Há limites à previdência humana, à sua capacidade de antecipação e à tolerância social de se alocarem seus escassos recursos na prevenção e busca de proteção para a consecução de contratos. Há riscos que sempre deverão ser tomados, independente do querer dos contratantes.

### 5.3.2. A Teoria da Imprevisão como Redutora de Riscos

O risco inerente numa relação negocial qualquer está ligado à probabilidade, à chance do seu não cumprimento. Se é no mercado onde se transacionam serviços e mercadorias, certos riscos também são transmitidos em cada transação — o risco de inadimplemento involuntário é um deles.

Sendo impossível, ou extremamente improvável, ou apenas demasiadamente caro, proteger uma relação contratual além dos parâmetros estabelecidos pelo mercado (pelo preço ou pela taxa de juros exigida), os agentes econômicos racionalmente aceitam a possibilidade de revisão dos contratos em casos bastante específicos. Apontar quais casos são esses é que reside a dificuldade.

A maneira economicamente menos eficiente de assim proceder é pautar a seleção dos casos a um juízo feito *a posteriori*, por exemplo, na aplicação pura e simples da equidade. Mesmo em um sistema no qual o precedente judicial condiciona as decisões posteriores, como o *common law*, no qual o arbítrio do julgador individual é parametrizado, não deve o Judiciário tomar decisões que vinculem de modo geral a comunidade, que é função do poder político. O Direito e seus aplicadores devem garantir as expectativas normativas.

O direito desempenha uma função muito importante, específica e insubstituível nas sociedades modernas. Cada operação do sistema jurídico parte da operação anterior e cria condições para a operação seguinte, todas elas encerradas no mesmo código recursivo: a distinção entre direito-não direito. Daí se dizer, igualmente, que a função do direito resume-se à garantia e confirmação de expectativas de direitos. Insista-se: não se trata de pouca coisa. (CAMPILONGO, apud FÉLIX, 2004:251)

Daí a importância dos requisitos estabelecidos jurisprudencialmente para a aplicação da teoria da imprevisão: o evento superveniente à contratação, o risco de ocorrência do evento deve ser excluído da álea contratual ordinária, as causas do evento devem ser alheias às partes, o impacto do evento não apenas impossibilita economicamente a execução, mas implica ruína do devedor. Estes quatro requisitos são de difícil conformação simultânea em situações quotidianas, daí sua extraordinariedade.

A teoria da imprevisão não é uma proteção jurídica a maus negócios, nem caridade da autoridade estatal aos desfavorecidos, é mecanismo de proteção dos agentes econômicos da ruína. Protegidos da ruína em situações específicas, os agentes econômicos podem assumir novos riscos, e aplicar mais recursos na satisfação das demandas sociais.

Sob esse ponto de vista, a teoria da imprevisão reduz os riscos aos quais estão expostos os agentes econômicos, reduzindo os custos de transação e, em paradoxo apenas aparente, promovendo acréscimo da segurança jurídica global de um sub-sistema social qualquer ao se permitir pontual ofensa ao ato jurídico perfeito em determinadas circunstâncias.

## 6. HEURÍSTICA APLICADA À TEORIA DA IMPREVISÃO

*É perigoso ser são em um mundo insano (John Coffe, Jr.)*

A argumentação apresentada para justificar os fundamentos econômicos e sociais da teoria da imprevisão é reforçada pela pesquisa desenvolvida pelos Profs. KAHNEMAN e TVERSKY e agraciada com o Prêmio Nobel de Economia em 2002. Eles demonstraram que o processo de tomada de decisão humano é baseado em **heurística**, um conjunto de mecanismos

utilizados para resolver problemas que, embora não rigorosos, produzam resultados satisfatórios.

As pessoas fazem uso de um limitado número de princípios heurísticos que reduzem a complexa tarefa de fixar probabilidades e predizer valores para operações de julgamento mais simples. Em geral, a heurística é bastante prática, mas algumas vezes conduz a severos e sistemáticos erros (KAHNEMAN, 2002:465, livre tradução)

A heurística é muito importante quando se analisa, por exemplo, a tomada da decisão de contratar. COFFE JR (2003:32) comenta a “heurística da disponibilidade”, na qual os indivíduos estimam a frequência de um evento pela recordação das suas ocorrências mais recentes (mesmo quando essas ocorrências são raras ou infreqüentes, quando tomado um lapso temporal maior).

Se o mercado de ações experimentou recentemente retornos extraordinários por vários anos, é previsível que os indivíduos estimarão que a probabilidade desses retornos extraordinários continue. Com efeito, há um *status quo* ou tendência persistente — o que ocorreu recentemente continuará ocorrendo. (COFFE JR, 2003:32, livre tradução)

Para constrangimento dos amantes da pura razão, o processo humano de tomada de decisão passa muito mais por pré-conceitos e impressões sensoriais que o uso de toda informação disponível. É caro e cansativo tomar decisões baseadas somente na razão, baseada nas regras rígidas da lógica.

KAHNEMAN (2002:451) cita um exemplo que um amigo lhe relatara:

“Um bastão de beisebol e uma bola custam \$1,10 no total. O bastão custa \$1 mais que a bola. Quanto custa a bola?” Quase todos apresentam tendência a responder “10 centavos” porque a soma \$1,10 se separa naturalmente em \$1 e 10 centavos, e 10 centavos está na magnitude correta. Frederick [o amigo] descobriu que várias pessoas inteligentes sucumbiram a esse impulso imediato: 50% (47/93) dos estudantes de Princeton, e 56% (164/293) dos estudantes da Universidade de Michigan deram a resposta errada. Claramente, os entrevistados responderam sem conferi-la. Essa surpreendentemente alta taxa de erros nesse problema fácil ilustra quão tênue é o resultado [do comportamento intuitivo] é monitorado pelo [comportamento racional]: as pessoas não estão acostumadas a pensar racionalmente, e freqüentemente se dão por satisfeitas em confiar em um julgamento plausível que lhes venha rapidamente à cabeça. (livre tradução)

“Os contratos devem ser cumpridos”, é esse o comando normativo que produz mais eficiência global no sistema econômico. A proteção da propriedade e a proteção ao mecanismo de sua circulação permitem a organização da economia como hoje a conhecemos. A resiliência do *pacta sunt servanda* a mais de um milênio de ataques demonstra a importância econômica desse princípio. Pode-se dizer que a mensagem transmitida pelo sistema jurídico aos indivíduos é “contratem”, pois o direito lhes orienta que as expectativas de cumprimento do contrato serão protegidas.

Entretanto, como compatibilizar os elevados riscos produzidos pela sociedade complexa à intangibilidade dos contratos? Como criar um ambiente propício aos negócios e à satisfação das necessidades materiais da sociedade quando a ruína é uma possibilidade real? A existência teoria da imprevisão pode ser a resposta.

Mais importante do que a aplicação *in concreto* da revisão judicial é a difusão da informação junto aos agentes econômicos que é possível eventual revisão judicial em circunstâncias excepcionais e particularmente graves, quando não há culpa do devedor. É a transmissão do conhecimento que é possível contratar, dentro de certos limites, sem incorrer risco de ruína que interessa. Os riscos aos quais se expõe um contratante se restringirão, em certa medida, ao próprio contrato, não à continuidade das atividades do agente econômico.

A manutenção da teoria da imprevisão em determinado ordenamento jurídico, seja positivado ou não, se revela estímulo adequado à tomada de decisões que envolvam riscos — ou seja, quase todas. Como ordinariamente não se contrata fazendo uso de toda informação relevante disponível, mas por meio de modelos intuitivos, não se pode também ordinariamente supor que todos contratantes dedicaram tempo e recursos para avaliar a medida do imponderável que poderia lhes ocorrer. A teoria da imprevisão, sob certo aspecto, dispersaria os riscos econômicos de um contrato específico.

A questão não se esgota aí, na verdade é só o seu primeiro passo. Se a tomada da decisão humana é baseada em regras heurísticas, e se nesse modelo os eventos recentes têm impacto mais significativo no juízo intuitivo de probabilidade de ocorrência de determinado evento, a teoria da imprevisão assume papel regulador fundamental do sistema econômico.

Por exemplo, durante período de expansão do mercado, os que atuam cautelosamente serão superados por aqueles que buscam retornos extraordinários e tomam posições agressivas. Aqui, o otimismo do agente, sua postura pró-ativa em busca de resultados comparáveis aos de seus concorrentes se transforma mais em uma imposição do mercado do que regras heurísticas.

...os analistas que prudentemente previram razoável crescimento e valorização das ações na década de 1990 foram consistentemente deixados para trás pelo guru de investimentos que profetizou que o novo paradigma de investimentos, no qual retornos e custos são menos importantes do que “*hits*” em um sítio na internet. (COFFE JR, 2003:33)

Se o mercado é quem determina qual o nível exigível de cautela contratual, impõe-se aos contratantes o nível de previsão que deverão ter. Previsão além de determinado patamar não será remunerada pelo mercado, logo não será defendida pelo agente racional. Os bons resultados econômicos obtidos por aqueles que primeiro abandonam as cautelas antes exigidas induzem os demais a não apenas a agirem da mesma maneira, mas a suporem esse movimento como correto. Em períodos de expansão, isso pode funcionar razoavelmente bem, na recessão, não.

Se ocorrer quebra da bolsa, moratória de economia emergente, desvalorização cambial, atentado terrorista ou outro evento que inverta as expectativas econômicas e deflagre recessão, o pronto realinhamento dos agentes e retomada do processo produtivo é demanda social relevante. Para os economistas, um evento passado só tem valor enquanto afete o futuro. Ao jurista, interessa avaliar o impacto da solução dos litígios no comportamento futuro de pessoas envolvidas em situações fáticas semelhantes.

Em ambos os casos, a teoria da imprevisão fornece solução satisfatória. À Economia, permite proteger os agentes econômicos da ruína decorrente de reflexos contratuais de eventos externos cujos riscos não eram aceitos pela sociedade. Ao Direito, aplicar a teoria da imprevisão evita a ruína e as inseguranças dela decorrentes no contexto citado, mantendo a ordem social e reduzindo a duração de períodos recessivos.

A manutenção teoria da imprevisão se revela estímulo ao contratar, permitindo a máxima eficiência global dispersando riscos pontuais de eventos fora do controle dos agentes.

## 7. CONCLUSÕES

1. Denomina-se **teoria da imprevisão** a construção teórica que autoriza a revisão judicial dos contratos sinalagmáticos de execução futura, diferida ou continuada quando evento posterior à sua conclusão altera-lhe as condições econômicas de execução, produzindo intensa modificação nessa relação, aumentando o ônus do devedor além de determinado parâmetro social ou economicamente aceito (ruína).
2. A doutrina estudada não conseguiu identificar a natureza jurídica da teoria da imprevisão. Muitas e diversas explicações lhe são dadas, nenhuma é satisfatória no paradigma normativo-positivista. Credita-se a limites próprios desse sistema doutrinário a incapacidade crônica em se definir a teoria da imprevisão, pois a proteção ao ato jurídico perfeito é matriz da lógica normativa positivista e a relatividade do *pacta sunt servanda* transforma esse eixo mestre em algo fluido e contingente. Pelo paradigma kelseniano, a solução de lides pelo uso da teoria da imprevisão é uma antinomia normativa e se assemelha mais à pura aplicação de poder autoritário de um juízo autocrático, uma solução em essência arbitrária e indesejável — seria o que o juiz “acha que deveria ser”, não o que “deve ser” para o Direito.
3. A teoria da imprevisão é mais facilmente compreendida como um elemento de dispersão democrática (ou, pelo menos, socialmente toleráveis) de riscos econômicos sistêmicos por meio do Poder Judiciário.
4. A teoria da imprevisão é manifestação do sobreprincípio constitucional da segurança jurídica, e como tal deve ser tratado. A dificuldade em conceituá-lo pode decorrer de sua amplíssima significação.
5. No contexto histórico e jurídico apontado, a heurística acaba se demonstrando o verdadeiro mecanismo de tomada de decisões contratuais para execução futura, diferida ou continuada. A teoria da imprevisão é um sobreprincípio informador dos mecanismos heurísticos utilizados para a assunção de riscos.
6. A teoria da imprevisão não se refere a fatos realmente imprevisíveis. A previsibilidade de ocorrência de determinado evento se dá pelo seu histórico de ocorrência: somente é imprevisível alguma coisa que nunca ocorreu. Como não se trata de eventos imprevisíveis, mas apenas inesperados no contexto econômico da transação econômica, verifica-se que a análise comportamental é que determinará a correta determinação do risco suportável daquele insuportável socialmente.
7. Ao promover estímulos ao contratar, limitando alguns dos muitos riscos produzidos pela sociedade complexa, a teoria da imprevisão permite melhor alocação de recursos e satisfação das demandas sociais relevantes, facilitando a modelagem de métodos de tomadas de decisão de contratar. A aplicação da teoria da imprevisão também permite acelerar o processo de realinhamento dos agentes econômicos após eventos inesperados, e a solução de litígios daí decorrentes, promovendo maior eficiência global.

---

## BIBLIOGRAFIA

AKERLOF, George A. Behavioral Macroeconomics and Macroeconomic Behavior. *Nobel Prize Lecture*. Stockholm: Le Prix Nobel: 2001. Disponível em: <<http://nobelprize.org/economics/laureates/2001/akerlof-lecture.pdf>>. Acesso em 06 out 2005.

AMARAL, Francisco. “O Contrato e sua Função Institucional”. In: *Separata de Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*. Coimbra: [Universidade de] Coimbra Editora, 2000.



- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. 27.<sup>a</sup> ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria da Imprevisão: dos Poderes do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BOTREL, Sérgio. *Insolvência Bancária: Responsabilidade do Banco Central do Brasil; Liquidação Extrajudicial, Intervenção Extrajudicial, Regime de Administração Especial Temporária (RAET)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 286 p.
- BRUNO, Vânia da Cunha. *A Teoria da Imprevisão e o Atual Direito Privado Nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994. 108 p.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo, Max Limonad.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3 vols. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COFFE JUNIOR, John C. *What Caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990's*. Columbia Law School: The Center for Law and Economic Studies. Working Paper no. 214. New York, 2003. Disponível em: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=373581](http://ssrn.com/abstract_id=373581)>. Acesso em 20 set 2005.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 2.<sup>o</sup> vol. 19.<sup>a</sup> ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. 460 p.
- FÉLIX, Luiz Fernando Fortes. O “Risco Sistêmico” Brasileiro sob o Escopo do Neo-Institucionalismo e da Sociologia Jurídica. *Revista do CAAP* [Centro Acadêmico Afonso Pena]. Ano VII, n.º 11 — Nova Fase. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 221-255.
- FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 8.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 386-402.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil: Todo o Direito Civil num só Volume*. São Paulo: Saraiva, 1988. 1044 p.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil*. t. 1. Teoria Geral. v. IV. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24.<sup>a</sup> ed. atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 14.<sup>a</sup> ed., rev., ampl., acrescida de notas assinaladas por asterisco. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 238 p.
- KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: A Perspective no Intuitive Judgment and Choice. *Nobel Prize Lecture*. Stockholm: Le Prix Nobel, 2003. Disponível em: <<http://nobelprize.org/economics/laureates/2002/kahnemann-lecture.pdf>>. Acesso em 06 out.

2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 428 p.

LEITE, Lino de Moraes. *Direito Civil Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962. 408 p.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959. 290 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Parecer" In: *Revista Forense*, 308: 79-80.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 5.<sup>a</sup> ed. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 1993, 212 p.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 3.<sup>a</sup> ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, 259 p.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. 2.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, 209 p.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A Cláusula Rebus Sic Stantibus Através dos Tempos*. Belo Horizonte: [s.e.], 1968. 142 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 8.<sup>a</sup> ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19.<sup>a</sup> ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIPERT, George. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. [s.l.]: [s.e.], [s.d.].

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. v. III. 4.<sup>a</sup> ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1972. 408 p.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. *Metodologia Científica: A Construção do Conhecimento*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 1999, 144 p.

SIDOU, Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e Seus Princípios*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1999. 214p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2004.