

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

THIAGO NOTARI BERTONCELLO

**A REVISÃO E A ÁLEA CONTRATUAL:
Causas Supervenientes à Formação do Contrato**

Porto Alegre

2014

THIAGO NOTARI BERTONCELLO

**A REVISÃO E A ÁLEA CONTRATUAL:
Causas Supervenientes à Formação do Contrato**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

Porto Alegre

2014

THIAGO NOTARI BERTONCELLO

**A REVISÃO E A ÁLEA CONTRATUAL:
Causas Supervenientes à Formação do Contrato**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em 3 julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem

Dedico este trabalho à minha família, em especial, ao meu querido pai e à minha querida mãe, já falecida, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu pai e ao meu irmão, que sempre me acompanharam, pelo apoio e consolo, principalmente, nos momentos mais difíceis e por toda a confiança em mim depositada, incentivando-me a conseguir superar os mais variados obstáculos e desafios impostos pela vida. Igualmente, faço um especial agradecimento à minha mãe que, embora já falecida, sempre esteve presente todos os dias nos meus pensamentos, concedendo-me forças para jamais desistir.

Agradeço aos meus colegas e amigos da Faculdade de Direito da UFRGS, com os quais sempre pude compartilhar as minhas ideias, acumular conhecimentos, dividir momentos de descontração e de boas risadas e, enfim, ser auxiliado nas inúmeras avaliações, trabalhos e pesquisas realizadas no decorrer do curso.

Ao ilustre Prof. Luis Renato, agradeço, primeiramente, por ter aceitado o meu convite para ser o meu professor orientador neste trabalho de tamanha importância para a minha carreira acadêmica no Direito; e justamente em uma seara do Direito Civil, em que, atualmente, este grande professor é um dos notórios expoentes do mundo jurídico. No mais, agradeço pelos solícitos conselhos e pelo valoroso auxílio na elaboração deste trabalho.

Agradeço, também, aos meus estimados colegas do escritório Rafael Pandolfo Advogados Associados, especialmente ao Dr. Rafael Pandolfo, ao Dr. Airton Riella, à Dra. Fabíola Soares e ao Dr. José Antonio Arregui, por, desde o meu primeiro dia de trabalho, ter acreditado no meu esforço, na minha dedicação e, inclusive, na minha pessoa para desempenhar todas as funções e enfrentar todos os problemas que viessem, mostrando-me (no mínimo um pouco) o árduo e gratificante trabalho que é o exercício da advocacia.

Agradeço, por último, porém não menos importante, aos demais professores que estiveram comigo ao longo de todo o curso, presidindo as inúmeras aulas com maestria e desempenhando uma das profissões mais nobres e relevantes para toda a sociedade, que é a de educar as futuras gerações.

“Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”.

(Piero Calamandrei)

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade de revisão judicial dos contratos aleatórios no Direito Civil Brasileiro em decorrência de eventos supervenientes a sua formação que repercutam no equilíbrio e nas prestações previamente definidas pelas partes contratantes. Como primeira premissa para abordar tal tema, examina-se o instituto da revisão - uma verdadeira exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, consagrado no âmbito do Direito Contratual a partir do Código Napoleônico de 1804 -, destacando, especialmente, a sua conexão ao princípio da autonomia da vontade, o seu conceito e fundamentos designados pela doutrina brasileira, os tipos de causas que podem ensejar a revisão, sejam concomitantes, sejam supervenientes à celebração do contrato, e a Teoria da Imprevisão e a Teoria da Onerosidade Excessiva, esta última acolhida pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Após tal exame, analisam-se particularmente os seis requisitos que se extrai de uma leitura sistemática do art. 317 e do art. 478 do Código Civil Brasileiro e elencados pela doutrina para permitir a revisão do contrato, colacionando precedentes jurisprudenciais para a averiguação do crescimento da atividade jurisdicional na revisão contratual. Ato contínuo, estuda-se os contratos aleatórios sob diversos aspectos, enaltecendo, sobretudo, as suas diferenças em comparação aos contratos comutativos. Por fim, após colacionar os argumentos apresentados por parte da doutrina que defende a impossibilidade de revisão dos contratos aleatórios, verifica-se que, não obstante tais objeções sustentadas por parte da doutrina, não se pode olvidar que nos contratos aleatórios, da mesma forma que nos contratos comutativos, há um limite na assunção dos riscos pelos contratantes, ainda que tais riscos sejam naturalmente mais elevados em comparação aos contratos comutativos. Assim, na hipótese de o fator superveniente à formação do contrato ou as consequências que dele decorrerem superarem a álea normal do contrato e, logo, atingirem o campo da álea anormal, demonstra-se que caberia a revisão do contrato à luz dos princípios da conservação e da função social dos contratos.

Palavras-chave: Revisão. Álea normal. Contrato aleatório. Teoria da Imprevisão. Teoria da Onerosidade Excessiva. Requisitos.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to analyze the possibility of judicial review of aleatory contracts in Brazilian Civil Law resulting from subsequent events from their conception that will have an effect in the balance and contractual obligations previously defined by the contracting parties. As a first premise to approach this subject, the institution of judicial review is analyzed, a real exception to the *pacta sunt servanda* principle, within the scope of Contractual Law based on the Napoleonic Code of 1804, especially emphasizing its connection to the principle of autonomy of the will, its concepts and foundations designated by the Brazilian doctrine, causes that may have given rise to the review, be they concomitant or subsequent to the conclusion of the contract, and the Unpredictability Theory and The Excessive Burden Theory, the latter having been welcomed by the Brazilian Civil Code of 2002. Further we analyze the six requirements presented in a systematic reading of articles 317 and 478 of the Brazilian Civil Code, and listed by the doctrine to allow the review of the contract, considering jurisprudential precedents to verify the increasing of jurisdictional activity in contractual review. Next we analyze aleatory contracts in several aspects, pointing, especially, their differences in comparison to commutative contracts. Finally, after comparing the arguments presented by the doctrine that support the impossibility of reviewing aleatory contracts, it is observed that, in spite of the objections supported by the doctrine, it cannot be forgotten that, in both aleatory and commutative contracts, there is a limit to the risk-bearing by the contracting parties, even though such risks are naturally higher in commutative contracts. Thus, in case the subsequent event to the conception of the contract or its consequences are superior to normal contract alea and reach abnormal alea, it is demonstrated that a review of the contract would be convenient according to the principles of contract keeping and the social function of contracts.

Keywords: Review, Normal Alea, Aleatory Contract, The Theory of Unpredictability, The Theory of Excessive Burden, Requirements.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- a.C. – Antes de Cristo
- Art. – Artigo
- BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)
- CC – Código Civil
- CCB – Código Civil Brasileiro
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- Des. – Desembargador
- DJ – Diário de Justiça
- DJe – Diário de Justiça Eletrônico
- ed. – edição
- nº – número
- p. – página
- Rel. – Relator
- REsp – Recurso Especial
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
- v. – Volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	REVISÃO CONTRATUAL	13
2.1	IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE HISTÓRICA	13
2.1.1	Autonomia da vontade	14
2.2	CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO	18
2.3	REVISÃO DO CONTRATO	21
2.3.1	Revisão por causas concomitantes à formação do contrato	21
2.3.2	Revisão por causas supervenientes à formação do contrato	23
2.4	TEORIAS DA REVISÃO	23
2.4.1	Teoria da Imprevisão	24
2.4.1.1	Histórico	24
2.4.1.2	Abordagem conceitual	31
3	TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E SEUS REQUISITOS	36
3.1	COMUTATIVIDADE	36
3.2	CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA, CONTINUADA OU DE TRATO SUCESSIVO	37
3.3	IMPREVISIBILIDADE E EXTRAORDINARIEDADE DO EVENTO SUPERVENIENTE	38
3.4	ONEROSIDADE EXCESSIVA	42
3.5	INIMPUTABILIDADE DAS PARTES PELO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL	45
3.6	REQUISITO ADICIONAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	46
3.7	TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL	48
4	CONTRATOS ALEATÓRIOS	52
4.1	ORIGEM DO TERMO	52
4.2	CONCEITO	52
4.3	TIPIFICAÇÕES	57
4.4	CONTRATOS ALEATÓRIOS E CONTRATOS CONDICIONAIS	61
4.5	REGIME	63
5	REVISÃO DE CONTRATOS ALEATÓRIOS POR CAUSAS SUPERVENIENTES À SUA FORMAÇÃO	69
6	CONCLUSÃO	74

1 INTRODUÇÃO

A revisão contratual é um mecanismo jurídico amplamente consagrado na doutrina e na jurisprudência não apenas brasileira como internacional que foi efetivamente introduzida na legislação privada do Brasil a partir do advento primeiramente do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), especificamente no seu artigo 6º, inciso V, e posteriormente no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), designadamente nos seus artigos 317 e 478. À luz do princípio da conservação do negócio jurídico, tal instituto, que visa ao reajustamento das prestações contratuais que acabaram sofrendo uma significativa alteração, seja por fator concomitante, seja por fator superveniente à formação do contrato, considerando-se, para tanto, a intenção dos contratantes que os levaram a perfectibilizar o contrato, conquistou a primazia em relação à resolução contratual com o fito de atingir não somente a finalidade de cada contratante almejada com aquele pacto, como também o próprio fim do contrato, qual seja: a circulação de riqueza.

Por um longo tempo, tal mecanismo teve sua aplicação e abrangência delimitadas pela doutrina mais tradicional apenas aos contratos comutativos com base nos célebres princípios da obrigatoriedade, da intangibilidade dos contratos (ambos consubstanciados no princípio *pacta sunt servanda*) e, sobretudo, da autonomia da vontade – pressupostos intrínsecos às relações contratuais, fruto dos pensamentos liberais e iluministas cristalizados na época da Revolução Francesa. Todavia, hodiernamente, com o advento da Crise Financeira de 2008/2009, atualmente denominada de a Grande Recessão, sobrevieram significativas transformações na ordem socioeconômica que repercutiram conseqüentemente nos inúmeros negócios jurídicos firmados à época, mormente nos quais se atribuía uma incerteza ou um risco elevado para uma ou para ambas as partes no que tange à sua própria prestação ou à contraprestação a que teria direito, ou seja, nos chamados contratos aleatórios. Tal fenômeno, por sua vez, fez nascer a necessidade de desenvolver estudos mais aprofundados acerca dessa espécie de contrato, sobretudo e particularmente, em responder a seguinte indagação: é possível ou não a revisão dos contratos aleatórios por causas supervenientes à sua formação?

A fim de aferir a possibilidade de revisão a essa espécie de contrato, primeiramente far-se-á no presente trabalho um breve histórico, analisando-se, em sequência, os diversos conceitos elaborados pela doutrina, os fundamentos jurídicos designados pela doutrina que embasam a sua aplicação, as várias teorias elaboradas ao longo da História, especialmente, as Teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva. Examinados tais pontos, abordar-se-á

discriminadamente cada requisito elencado pela doutrina, pela jurisprudência e pela própria redação dos artigos 317 e 479 do Código Civil de 2002 para a revisão dos contratos.

Após a análise da revisão e dos seus requisitos, examinar-se-ão os contratos aleatórios sob diversos aspectos: a etimologia da palavra “aleatório”; o conceito atribuído pela doutrina a tal espécie de contrato; a sua difusão e crescente relevância no mundo dos negócios; as suas diferenças comparativamente a outras categorias contratuais, sobretudo, os contratos comutativos; os três tipos de contrato aleatório disciplinados nos artigos 458 a 461 do Código Civil vigente; e por fim, o regime jurídico ao qual se submetem, enaltecendo os motivos pelos quais alguns institutos jurídicos aplicáveis aos contratos comutativos não podem ser invocados nos contratos aleatórios.

Por último e mais importante, far-se-á uma análise de cada um dos argumentos aventados pela doutrina e pela jurisprudência que teoricamente impediriam a revisão do contrato aleatório com o fito de verificar a viabilidade de revisão dessa espécie de contrato sob a mesma sistemática dos contratos comutativos.

2 REVISÃO CONTRATUAL

Como primeiro pressuposto voltado à finalidade de examinar a possibilidade de revisão dos contratos aleatórios em virtude de eventos supervenientes, afigura-se essencial a análise da revisão judicial dos contratos, instituto jurídico que conquistou gradativamente seu espaço no mundo jurídico ao longo da História, consagrando-se bastante no âmbito do Direito Contratual, especialmente, a partir do século XIX.

Neste capítulo, sob tal pretexto, far-se-á um breve histórico acerca do instituto da revisão contratual e explorar-se-á o seu conceito e as teorias elaboradas ao longo da História que fundamentaram a sua aplicação no âmbito dos contratos, sobretudo, a da Imprevisão e a da Onerosidade Excessiva, elucidando-se, conjuntamente, as codificações e legislações extravagantes formuladas pelo Brasil, tais como o Código Civil de 1916, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil vigente.

2.1 IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE HISTÓRICA

Antes de explorar a revisão judicial, afigura-se importante abordar, primeiramente, o aspecto histórico de tal instituto, visto que tal análise permitirá aferir a origem da revisão contratual, as teses que fundamentaram a sua aplicação e invocação pelos indivíduos no âmbito contratual, bem como os contextos sociais nos quais foram formuladas essas teorias ao longo da História¹.

Em face de tal constatação, sob o aspecto histórico, cabe analisar, primeiramente, o princípio da autonomia da vontade e as suas modificações conceituais ao longo da História, uma vez que configura premissa básica, para se tratar da atividade judicial imiscuída nos contratos privados, e, ulteriormente, abordar a revisão judicial propriamente dita, a análise da vontade das partes contratantes, ou, melhor dizendo, a intenção que os levou a formar um pacto. Essa importância no exame do princípio da autonomia da vontade é devidamente retratada por Clóvis V. do Couto e Silva (2006), que conceitua tal pressuposto básico como a faculdade, embora não ilimitada, que possuem os particulares “[...] para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a

¹ Nesse sentido, destaca Henri de Page (1942, p. 806), que “[...] quanto mais avançamos no direito civil, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é única capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que são as que existem” (texto traduzido por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, 2006, p. 32).

vida em sociedade. [...] Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade” (SILVA, 2006, p. 24)².

2.1.1 Autonomia da vontade

Consoante já exposto, a revisão judicial dos contratos é um instituto que está interligado ao princípio da autonomia da vontade, visto que o vínculo jurídico que se forma entre as partes é constituído justamente pela vontade manifestada pelos contratantes no momento da pactuação. Desse modo, figura como requisito de extrema importância esmiuçar a autonomia da vontade, princípio enraizado, desenvolvido e difundido pelo filósofo Immanuel Kant, o qual, em sua teoria, definia-a como sendo “[...] aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer)” (*apud* RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 15-16). Com efeito, reconheceu-se a sua enorme relevância tão somente nos fins do século XIX e início do século XX, o que a levou, por isso, a ser devidamente examinada pela doutrina apenas a partir da referida época. Diferentemente de outros temas, o Direito Romano, costumeiramente tratado como a primeira fonte dos historiadores do Direito, especialmente no que se refere a institutos jurídicos de cunho obrigacional, poder-se-ia visualizar, no referido Direito, preceitos bastante rudimentares acerca do tema (SILVA, 2001, p. 7).

Na época dos romanos, a noção da autonomia da vontade era bastante restrita. A concepção vigente na época era de que, uma vez dada a palavra, esta deveria ser mantida, ou seja, limitava-se o conceito da autonomia da vontade ao restrito sentido da liberdade de contratar e de manter aquilo que foi pactuado, cujo dever nascia, em sua maioria, de fatores externos à relação, de cunho religioso ou de feição política, por exemplo. Tal concepção propagou-se e foi reafirmada pelo Direito Canônico, o qual, em suma, estabelecia, com base nos ensinamentos cristãos, o descumprimento do pactuado como um pecado. Dessa forma, evidenciava-se sempre a existência de agentes externos ao contrato que influenciavam a vontade das partes contratantes (SILVA, 2001, p. 7-9). Entretanto, a partir do advento do

² No mesmo sentido, Orlando Gomes (1999) e Álvaro Villaça Azevedo (2009) abordam tal tema. Afirma o primeiro autor que: “O princípio da autonomia da vontade [...] significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades” (GOMES, 1999, p. 22). Enquanto o segundo autor assevera que: “A autonomia da vontade patenteia-se, a cada instante, no ambiente dos contratos, que nascem sob sua influência direta. É a vontade, que, ao manifestar-se, retrata o interesse da pessoa física ou jurídica, no meio social. A vontade, assim, é autônoma ao exteriorizar-se, reafirmando a liberdade do homem na programação de seus interesses” (AZEVEDO, 2009, p. 11-12).

movimento renascentista, o qual, entre outras transformações, introduziu a concepção antropocêntrica ao Direito, a vontade dos indivíduos contratantes se tornou a fonte única de obrigações, impedindo, destarte, qualquer tipo de intervenção de agentes externos ao âmbito contratual. Em razão disso, o contrato, em síntese, passou a ser considerado o meio excelso para a exteriorização da vontade do indivíduo (SILVA, 2001, p. 8-9).

Diante desse movimento do liberalismo econômico e, sobretudo, da filosofia kantiana, a autonomia da vontade, como consequência, conquistou um *status* de princípio basilar nos negócios jurídicos, deixando de ser um mero princípio explicativo e de um conhecimento *a posteriori* da legislação privada. Com efeito, a partir do fortalecimento da autonomia da vontade nas relações jurídico-privadas, o jurista, em vez de procurar na lei o respaldo jurídico da vontade emanada pelas partes contratantes, buscava a vontade autônoma das partes – um conhecimento *a priori* – que convencionou e determinou, no momento da contratação, o conjunto de normas e regras de conduta que se aplicariam ao pacto firmado (SILVA, 2001, p. 10-11).

Esses novos ideais, desenvolvidos na Europa e patentemente consagrados na Revolução Francesa de 1789, foram bastante difundidos na cultura jurídica internacional nos séculos XVIII e XIX, o que ensejou a sua introdução às bases teóricas e doutrinárias de diversos países e, conseqüentemente, a formulação de várias codificações nessa época com base nessa ideologia. Inclusive, tal repercussão é visualizada no Código Civil Brasileiro de 1916, elaborado por Clóvis Beviláquia, que, em seus artigos 81 e 85, respectivamente, dispunha que: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”; e que: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Essas disposições legais representavam, de maneira clara, a inserção da Teoria da Vontade ou do também denominado voluntarismo jurídico, encabeçado pelo jurista Friedrich Carl Von Savigny e embasada no predomínio do elemento psicológico (intenção do contratante) sobre o elemento objetivo (vontade declarada e transcrita) ao contexto jurídico brasileiro (MARQUES, 2011, p. 58-60).

A doutrina assinalava a existência de subprincípios por meio dos quais o princípio da autonomia da vontade se propagava, a saber: a liberdade contratual, o efeito vinculante dos contratos, a interpretação e execução dos contratos e os limites da autonomia. Diferentemente da liberdade de contratar, a liberdade contratual correspondia à possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, enquanto que a de contratar consistia na faculdade de o indivíduo realizar ou não determinado contrato. Em outros termos, “a liberdade de contratar se refere à

possibilidade de realizar ou não o negócio, enquanto a liberdade contratual importa na fixação das modalidades de sua realização” (WALD, 2013, p. 232).

Por sua vez, o efeito vinculante dos contratos, amplamente ligado ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, baseava-se na concepção de que os contratos têm força de lei entre as partes contratantes – *pacta sunt servanda* –, ideia bastante consagrada no mundo jurídico a partir da elaboração do Código Civil Francês de 1804 por Napoleão Bonaparte, sobretudo, em seu artigo 1.134³ (SILVA, 2001, p. 100; RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 22).

No tocante à interpretação e à execução dos contratos, bem como aos limites da autonomia, constatavam-se, como características, a irretroatividade e a intangibilidade dos acordos de vontade. Tais características eram sobremaneira rigorosas, de tal modo que impossibilitava, inclusive, a autoridade judicial de promover a revisão do contrato ou substituir com a sua sentença a vontade das partes (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 22). Da mesma forma, denotava-se, a partir da leitura do Código Napoleônico, a restrição no que se refere à invocação de qualquer vício de consentimento para a invalidação do negócio jurídico perfectibilizado, tal como a lesão enorme⁴ (SILVA, 2001, p. 27).

No entanto, a partir do século XX, em decorrência do advento da Primeira Guerra Mundial, assim como do desenvolvimento do capitalismo financeiro, sobreveio uma grave crise à estabilidade das relações contratuais e aos ideais balizados no Estado Liberal. Diante da fragilidade apresentada pelo liberalismo, ressurgiu a importância do interesse social e a necessidade de intervenção do Estado nas relações jurídicas a fim de implementar políticas socioeconômicas que gerassem maior estabilidade à sociedade. Desse modo, o Estado Social substituiu a figura do Estado Liberal, modificando substancialmente as bases não somente teóricas como estruturais da sociedade. Como exemplos da agregação da concepção do Estado Social no contexto internacional e das grandes modificações que tal fenômeno gerou, pode-se citar a elaboração da Constituição Mexicana em 1917 e da Constituição de Weimar em 1919, que abarcaram o chamado dirigismo contratual – fenômeno que se traduziu na intervenção do Poder Público na relação entre particulares para garantir princípios mínimos à coletividade (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 26-27).

³ No texto original: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 842).

⁴ A lesão enorme ou “*laesio enormis*” foi um termo cunhado pelos glosadores, no século XIII, que não constava expressamente das fontes romanas. Tal instituto foi introduzido ao direito brasileiro a partir das Ordenações Filipinas que estipulavam que, em caso de o vendedor de um imóvel receber a menos do que metade do preço justo pelo bem, o vendedor poderia pleitear a rescisão do negócio (SILVA, 2001, p. 70-73).

Sob o prisma do Direito, tais transformações ensejaram, em substituição à autonomia da vontade, o surgimento do conceito da autonomia privada, a qual se fundamentava nas seguintes premissas: (i) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; (ii) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, porém, de caráter subalterno; (iii) a limitação do exercício da autonomia dos indivíduos aos termos da lei e aos seus valores; e (iv) a noção da autonomia privada como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 27-28).

No mesmo sentido, Luis Renato Ferreira da Silva (2001) explana:

A moderna noção de autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função. Ou seja, deixa de estar voltada tão-somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais, ou, indo-se mais longe, fins necessários, que se impõe à vontade. A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual (SILVA, 2001, p. 31).

Dessa forma, a liberdade contratual, a interpretação e execução dos contratos e a possibilidade de intervenção do Poder Público sofreram significativas mudanças que culminaram na relativização do princípio *pacta sunt servanda*; na inserção do princípio da função social ao âmbito dos contratos⁵; no desenvolvimento da jurisprudência no sentido de direcionar teleologicamente a interpretação contratual ao reequilíbrio da relação jurídica; e, finalmente, na ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário no tocante à invalidação do negócio jurídico celebrado. Esse último, especificamente, possibilitou, além da consideração de eventuais vícios de consentimento, a apreciação de outras circunstâncias e agentes externos ao âmbito contratual que poderiam modificar a expectativa das partes contratantes (SILVA, 2001, p. 32-37).

Por fim, no que tange aos limites impostos à autonomia da vontade, Luis Renato Ferreira da Silva (2001) demonstra que, a partir da primeira metade do século XX, o critério limitador da expansão contratual se tornou o desenvolvimento útil e justo do contrato⁶:

⁵ Acerca de tal princípio, Gerson Luiz Carlos Branco (2009) ressalta a correlação que deve existir entre os atos praticados pelos particulares e a finalidade para a qual o modelo jurídico contrato foi criado: “O principal parâmetro legal desse princípio deu-se por meio de uma regra que condiciona a liberdade de contratar pelo controle da finalidade: adequação entre os fins visados pelas partes e aqueles reconhecidos pelo ordenamento como socialmente relevantes” (BRANCO, 2009, p. 311).

⁶ Nesse passo, Roberto Senise Lisboa (2009, p. 38) defende essa delimitação da autonomia da vontade por configurar “um meio idôneo para a proteção dos interesses de terceiros determinados ou indeterminados” e uma intervenção necessária para atingir o equilíbrio da relação contratual e a igualdade real entre os contratantes.

[...] o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa, atendendo-se à satisfação das necessidades dos contratantes. Retoma-se a noção aristotélica entre justiça distributiva e justiça comutativa. A comutatividade contratual importa em ver as partes em equilíbrio, tornando o pacto algo útil (inclusive no sentido econômico do utilitarismo), adotando este como norte objetivado pelo contrato. Por outro lado, a justiça, também no sentido comutativo, passa a ser o elemento protetor nas relações contratuais. Ela faz às vezes de elemento limitador dos excessos prejudiciais às partes e prejudicial da otimização do contrato, dando-lhe o sentido da utilidade (SILVA, 2001, p. 38).

Entretanto, Clóvis V. do Couto e Silva (2006) faz devidas ressalvas a tal delimitação, ressaltando que, apesar disso:

a vontade não foi relegada a segundo plano. Ela continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a judicialização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual (SILVA, 2006, p 31).

2.2 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO

Em termos gerais, os contratos, à luz do princípio da obrigatoriedade, possuem como finalidade o cumprimento das prestações contratuais, ou seja, tendem a sua extinção normal, qual seja: o adimplemento das obrigações consubstanciadas no negócio jurídico celebrado. Todavia, em determinados casos, por força de fatos concomitantes ou supervenientes à sua formação que impeçam as partes de satisfazer as suas prestações, o contrato pode vir a ser extinto anormalmente, seja pela anulação, seja pela resolução, seja pela rescisão, seja pela rescisão (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 67-68).

Ao encontro de tal concepção, Paulo Lôbo (2011) leciona:

O contrato movimenta-se na direção indicada por seu fim, que é a satisfação do crédito, pelo adimplemento [...]. É ele que dá coerência e sentido ao conjunto de elementos que constituem a obrigação. Esta encerra seu ciclo, extinguindo-se, justamente quando seu fim é alcançado. O inadimplemento frustra seu fim, redirecionando o curso processual para obtê-lo de outro modo, ou compensar a demora, incorporando-lhe acessórios, como juros moratórios e cláusula penal. O próprio fim pode ser modificado, para satisfazer o credor, como na hipótese da impossibilidade de prestação imputável ao devedor (LÔBO, 2011, p. 196).

Desse modo, diante da possibilidade de ocorrência de eventos naturais e das inevitáveis mudanças sociais e jurídicas, a revisão judicial surge para as partes como o instrumento pelo qual se viabilizaria o reajustamento das cláusulas contratuais e a extinção da

relação contratual de modo a satisfazer as pretensões originárias dos contratantes, pretensões estas que os levaram a celebrar o próprio negócio jurídico (SENISE LISBOA, 2009, p. 76).

Nessa senda, Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 143) enfatiza a importância e a necessidade da revisão judicial dos contratos para a manutenção da justiça no âmbito social:

Todo o contrato é previsão, e em todo o contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar estas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano do desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo de benefício. Sentindo que este desequilíbrio na economia do contrato afeta o próprio conteúdo de juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rija do ajuste, quando a força de circunstâncias ambientes viesse criar um estado contrário ao princípio da justiça no contrato (PEREIRA, 2013, p. 143).

Por outro enfoque, Paulo Roque Khouri (2006) justifica a existência de tal instituto no âmbito do Direito Contratual à luz do princípio da função social dos contratos, salientando a sua função precípua, qual seja a circulação de riqueza na sociedade:

A função social é a razão de ser do contrato, nos termos do artigo 421 do CCB. Sem o instrumento jurídico do contrato, a sociedade capitalista não teria como imprimir velocidade à circulação da riqueza. Ao viabilizar a obtenção e utilização de bens, o contrato, por sua própria natureza, cumpre essa função social. Entretanto, ele pode afastar-se dessa mesma função quando o ordenamento não reage a uma desproporção manifesta, ou seja, a uma onerosidade excessiva (KHOURI, 2006, p. 143).

Em suma, sob o aspecto conceitual, a revisão judicial é um instituto proveniente do Estado Social e do princípio da relativização dos contratos que limita a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), porquanto importa fator externo de ajustamento e reequilíbrio das prestações. Em outras palavras, constitui-se, de certo modo, em uma das modalidades de intervenção pública nas relações privadas, especialmente na atividade econômica, com o intuito de assegurar a plena aplicação dos princípios e normas constitucionais e legais no âmbito dos contratos (LÔBO, 2011, p. 192).

Nesse mesmo sentido, Judith Martins-Costa (2005) define tal instituto jurídico, salientando, à luz do princípio da continuidade dos contratos, a sua excepcionalidade em relação aos princípios da obrigatoriedade dos contratos e da intangibilidade contratual:

No seu sentido mais geral a expressão revisão contratual traduz, portanto, a ideia de o ordenamento jurídico acolher formas permissivas da continuidade do contrato, rearrumando-se, porém, as bases do pacto original em certas hipóteses que

excepcionam o princípio geral segundo o qual as obrigações devem ser cumpridas tal qual foram pactuadas (MARTINS-COSTA, 2005, p. 280).

A doutrina, de um modo geral, sustenta a aplicação de tal instituto aos contratos com base em diversos fundamentos, tais como o abuso de direito, o enriquecimento sem causa e a justiça contratual. Por exemplo, Roberto Senise Lisboa (2009, p. 77-78) defende o enriquecimento sem causa como fundamento principal da revisão sob o argumento de que o equilíbrio contratual se fragmentaria em caso de ocorrência de uma desproporção da relação jurídica que acarretasse injustificavelmente a um dos contraentes um maior benefício em contrapartida a um prejuízo ao outro contratante. Sob outra ótica, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011, p. 875-876) estabelece como fundamentos da revisão judicial dos contratos três institutos: a boa-fé objetiva, a equidade e a justiça. Contudo, apesar de apontar esses três institutos, reconhece o referido jurista que “[...] tudo pode refluir à ideia de justiça, porquanto a justiça contratual pode ser uma solução de equidade e sempre decorre da boa-fé objetivamente considerada” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 876).

Em razão da predominância dos princípios da obrigatoriedade dos contratos, da intangibilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da autonomia da vontade das partes contratantes, o Código Civil Brasileiro de 1916, na seara contratual, permaneceu silente no que tange à possibilidade de revisão judicial dos contratos. Contudo, com o advento do Código Civil de 2002, pôde-se evidenciar uma ampliação considerável nos poderes de revisão do juiz com fito de evitar a iniquidade contratual, visto que, em inúmeros dispositivos legais desse Código, tais como o art. 157⁷, que trata da lesão, e o art. 413⁸, que trata da redução equitativa da cláusula penal, o juiz tem o respaldo para, diante das circunstâncias peculiares do caso concreto, intervir no contrato a fim de restabelecer o seu equilíbrio mediante a adoção de uma série de medidas, como, por exemplo, a redução dos encargos proporcionais, a interpretação do contrato em conformidade com os princípios fundamentais e a integração dos deveres gerais de conduta. Em síntese, ao juiz é dada a moldura, cujo conteúdo deve ser preenchido na decisão do caso concreto, valendo-se a autoridade judicial de princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, por meio dos quais conservará o contrato e restaurará a equidade contratual (LÔBO, 2011, p. 193).

⁷ “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”.

⁸ “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

2.3 REVISÃO DO CONTRATO

A revisão judicial dos contratos pode decorrer de dois tipos de causas: das que existem desde o momento da contratação ou das que sobrevêm posteriormente à formação do contrato. Tanto as causas concomitantes quanto as supervenientes à contratação interferem na realidade contratual, acarretando a quebra da comutatividade entre as partes contratantes ou frustrando a finalidade precípua dos contratos. No que se refere às primeiras causas, estas provocam o rompimento do sinalagma genético, visto que estão presentes concomitantemente à formação do contrato, quebrando a comutatividade desde o início da relação contratual. Por outro lado, no tocante às causas supervenientes à pactuação, estas acarretam o rompimento do sinalagma funcional, pois advêm no momento da execução do contrato, e não da sua celebração (SILVA, 2001, p. 149-150).

Acerca do sinalagma genético e do sinalagma funcional, cumpre transcrever a lição sucinta de Renato José de Moraes (2001):

Com base no conceito aristotélico de justo comutativo nos sinalagmas, a doutrina construiu a teoria de que, nos contratos, haveria um sinalagma genético e outro funcional. O primeiro referente à igualdade que deve haver ao formar-se o contrato, ou seja, em sua gênese. Já o sinalagma funcional refere-se à igualdade durante a execução do contrato, isto é, quando este está exercendo a sua função. Portanto, o sinalagma funcional é dinâmico, adaptando-se às mudanças que podem sobrevir ao executar-se o contrato [...] Para a concepção aristotélica, o sinalagma deve ser considerado dentro do justo corretivo, que é aquele apto a restabelecer a retidão nas trocas de bens entre os indivíduos. Portanto, o sinalagma pode e deve ser refeito, caso as prestações tenham se tornado demasiado desequilibradas, com o rompimento da igualdade aritmética que deve haver entre elas (MORAES, 2001, p. 270-271)

Tendo visto tais pontos, cabe nos próximos tópicos examinar individualmente as causas concomitantes e as causas supervenientes à formação do contrato que implicam o rompimento do sinalagma contratual, destacando-se, em especial, as que lesam o sinalagma funcional, uma vez que tal análise configura uma das premissas do presente trabalho.

2.3.1 Revisão por causas concomitantes à formação do contrato

Entre as causas que permitem a revisão judicial do contrato, a doutrina assinala, especialmente, as cláusulas abusivas e a lesão. Cláusulas abusivas são consideradas aquelas que promovem a prevalência de um dos contratantes em relação ao outro com base em uma cláusula contratual, implicando um verdadeiro abuso de direito e, conseqüentemente, um afronte aos ditames da boa-fé objetiva (SILVA, 2001, p. 43). Apesar de não estarem

estipuladas tais cláusulas no Código Civil vigente em contrapartida a sua previsão expressa (porém não taxativa) no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, a doutrina e a jurisprudência fundamentam a sua aplicação nos contratos sob a égide do Código Civil, com base na violação da cláusula geral da boa-fé objetiva entre os contratantes, dispostas nos artigos 113⁹, 187¹⁰ e 422¹¹ do referido diploma legal.

Em suma, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2004, p. 244) define a boa-fé objetiva como sendo aquela que “[...] se constitui em uma norma jurídica, ou melhor, em um princípio geral do Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas”. Refere, ainda, o aludido jurista acerca da relevância de tal princípio no contexto contratual:

a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável ao próprio desenvolvimento normal da conveniência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. [...] Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé projeta nas duas direções e se estende tanto aos direitos como aos deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 244).

Entretanto, Ruy Rosado (2004, p. 247-248) afirma que o conteúdo da norma de dever, oriunda do princípio da boa-fé, não é determinado pela lei, e sim pela autoridade judicial que deve apreciar e definir no caso concreto tal teor.

De fato, essa atividade judicial não se resume ao simples trabalho de subsunção do fato à norma (verificação do fato e da lei vigente que o regula), e sim demanda do juiz um procedimento especial. Esse procedimento especial a ser adotado pelo juiz no caso concreto é composto por três etapas: (i) preliminarmente, o juiz define a regra de conduta que, segundo os princípios ético-jurídicos da confiança e da lealdade, basilares da boa-fé, deveriam ter sido obedecidos pela(s) parte(s) contratante(s) nas circunstâncias do caso *sub judice*; (ii) uma vez estabelecido o comportamento adequado segundo os critérios acima citados, o juiz analisa, no conjunto fático-probatório do caso, se foi ou não essa a conduta adotada pela(s) parte(s) contratante(s); e (iii) caso seja averiguada essa incompatibilidade entre a conduta adotada pelo(s) contraente(s), o juiz constata a ocorrência de uma conduta ilícita da(s) parte(s) por

⁹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹⁰ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

violar o princípio da boa-fé e, destarte, imputa a esse contratante a responsabilidade pelo rompimento da comutatividade contratual e pela frustração da expectativa da outra parte (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 248).

Outro instituto que configura uma causa concomitante à formação do contrato que pode ensejar a revisão do contrato ou a sua anulação é a lesão - um defeito do negócio jurídico que, nos termos do artigo 157 do CC, ocorre “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Tal instituto será devidamente abordado no terceiro capítulo do presente trabalho quando se examinará o contrato aleatório e as figuras jurídicas que, em tese, não se aplicariam aos contratos aleatórios em comparação aos contratos comutativos.

2.3.2 Revisão por causas supervenientes à formação do contrato

Por outro viés, há as causas que podem surgir supervenientemente à formação do contrato – na fase de execução contratual –, e que podem acarretar a revisão ou a resolução do contrato pelo fato de provocarem o rompimento do sinalagma funcional, ou seja, do equilíbrio contratual entre as partes no momento da sua execução (MARTINS-COSTA, 2005, p. 279). Contudo, a definição dessas causas supervenientes, ou, melhor dizendo, a determinação dos requisitos para estabelecer o conjunto de causas que poderiam ensejar a revisão contratual configura ainda um tema amplamente debatido pela doutrina, de tal sorte que implicou a formação de diversas correntes e teorias ao longo da História.

2.4 TEORIAS DA REVISÃO

Entre as principais teorias que tentaram delimitar o campo das causas que poderiam ensejar a revisão contratual mediante o estabelecimento de determinados requisitos, podem-se destacar a Teoria da Imprevisão, a Teoria da Onerosidade Excessiva e a Teoria da Base do Negócio Jurídico.

Nesse ponto, convém ressaltar e, simultaneamente, esclarecer que, a despeito da enorme relevância da Teoria da Base do Negócio Jurídico, desenvolvida por Karl Larenz, que tem conquistado gradativamente espaço no Direito brasileiro, especialmente, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 8.666/93 – Lei das Licitações – (MARTINS-COSTA, 2005, p. 291-292; SILVA, 2001, p. 151), o presente trabalho se restringirá ao exame das teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva que, conforme

será demonstrado logo adiante, são, de fato, as únicas que têm sido reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência a partir da interpretação do texto normativo do Código Civil Brasileiro atual. Delineado tal ponto, passar-se-á à análise individual primeiramente da Teoria da Imprevisão e, em sequência, da Teoria da Onerosidade Excessiva.

2.4.1 Teoria da Imprevisão

Em primeiro lugar, cumpre abordar a Teoria da Imprevisão que foi a primeira tese revisionista elaborada no âmbito do Direito Contratual. Essa tese se originou da cláusula *rebus sic stantibus* – amplamente difundida na Idade Antiga e na Idade Média – e surgiu como uma resposta aos ditames do Código Civil Napoleônico de 1804 que consagrou uma concepção liberal-voluntarista no Direito Civil.

Em síntese, a Teoria da Imprevisão surgiu nos fins do Século XIX e início do Século XX – período marcado por guerras e por uma elevada instabilidade tanto nas relações sociais quanto nas relações entre os países – com o intuito de conciliar o adimplemento do contrato com as eventuais circunstâncias que poderiam ocorrer supervenientemente à sua formação, transformando radicalmente o contexto fático do contrato a despeito da preponderância e da força do princípio *pacta sunt servanda* na cultura jurídica à época. Porém, em que pese tenha sido desenvolvida com maior profundidade apenas nessa época, os resquícios de sua origem remetem às obras e escritos da Idade Antiga (SILVA, 2001, p. 97), os quais serão abordados nos próximos tópicos.

2.4.1.1 Histórico

Depreendo-se da leitura dos registros históricos, o primeiro vestígio no qual se pode observar o Direito tratando da repercussão de agentes externos e supervenientes à formação do negócio jurídico, assim como da revisão propriamente dita desses pactos, guarda suas raízes na Lei nº 48 do Código de Hamurabi (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 33):

“Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o seu 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” (Texto traduzido por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, 2006, p. 33).

De uma leitura categórica do referido dispositivo, o devedor, em decorrência de algum evento de força maior, como é o caso da tempestade, poderia eximir-se da obrigação de entregar o trigo ao credor e promover, assim, o reajustamento do contrato sem efetuar o pagamento de qualquer tipo de encargo devido ao inadimplemento (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 33).

Na Roma Antiga, essa concepção acerca da imprevisão de eventos supervenientes à formação do contrato e da possibilidade de tais causas ensejarem o afastamento do cumprimento das obrigações contratuais conquistou novos relevos, tornando-se um tema bastante abordado à época, sobretudo, por Marco Túlio Cícero e por Sêneca. Primeiramente, dos escritos de Cícero, pode-se observar a construção de dois exemplos nos quais o contratante poderia eximir-se do cumprimento do contrato (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 33-34).

No primeiro exemplo, Cícero trazia o caso de um depositário de uma espada que, de encontro a sua obrigação contratual e à previsão legal, não deveria devolvê-la ao seu dono na hipótese do depositante ter enlouquecido e ter-se tornado uma ameaça à sociedade. Em seu segundo exemplo, Cícero descrevia a hipótese de o advogado, apesar de seu compromisso contratual no que tange à prestação de seus serviços advocatícios, estar isento de participar de uma audiência onde representaria o seu cliente pelo fato de um filho seu ter contraído uma grave doença na data da audiência (SILVA, 2001, p. 97).

Por sua vez, diferentemente de Cícero, Sêneca analisou a possibilidade de ruptura do contrato por alterações supervenientes no contexto no qual este foi celebrado sob o prisma do dever moral. Compreendia, Sêneca, que, no momento em que se firmou uma promessa a alguém, surgiria um dever moral à pessoa que prometera – um dever de coerência consigo mesmo –, que somente poderia ser modificado pela mutabilidade das circunstâncias fáticas (SILVA, 2001, p. 98)¹².

Posteriormente, na Idade Média, consolidando as concepções de Sêneca, São Tomás de Aquino concebeu a teoria dos canonistas sob a égide da cláusula *rebus sic stantibus*¹³,

¹² Tal premissa é retratada na tradução realizada por Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006) ao texto redigido por Sêneca, no qual se evidencia a sua ideia de permitir a ruptura do pactuado pela alteração fática superveniente: “A menor mudança deixa-me inteiramente livre para modificar minha determinação, desobrigando-me da promessa. Prometi-vos minha assistência de advogado: porém, verifiquei que sua pretendida ação era contra meu pai. Prometi-vos acompanhar em viagem: certifiquei-me, ao depois, que ladrões infestavam a estrada [...] Todas essas coisas devem estar na mesma situação que a do momento em que vos prometi, para que possais reclamar essa promessa como obrigatória. Ora, que maior mudança pode advir do que a certeza adquirida por mim desde que vos tornaste um homem maldoso e ingrato?” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 35).

¹³ Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 204), “a cláusula *rebus sic stantibus* (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*), desenvolvida pelos glosadores medievais, especialmente Bartolo (embora haja quem a remonte ao direito romano, a partir de um texto do livro XII, título

cláusula esta que inspirou os modernistas na elaboração da Teoria da Imprevisão (SILVA, 2001, p. 98). Tal cláusula acabou sendo posteriormente incorporada pelo Decreto Graciano¹⁴, que previa a possibilidade de as partes contratantes poderem descumprir uma promessa feita visando à prática do bem comum (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 39).

Após alcançar o seu apogeu na época, com o seu acolhimento em diversas codificações, tal como o Código Prussiano de 1794, iniciou-se o seu período de declínio a partir do advento da Revolução Francesa em 1789 e, ulteriormente, do Código Civil Napoleônico de 1804, que introduziu, sobretudo, uma ideologia liberal-voluntarista no Direito Francês, consubstanciada no princípio *pacta sunt servanda* e cristalizada no artigo 1.395 da referida codificação. A partir da edição de tal codificação inovadora para a época, a vontade declarada e contratada passou a constituir lei entre as partes, de tal modo que não mais se permitia pressupor quaisquer cláusulas implícitas ao contrato, tal como a cláusula *rebus sic stantibus* (SILVA, 2001, p. 100). Esse ideal exerceu enorme influência sobre outros ordenamentos jurídicos, tal como o Código Civil Português de 1867, em seu artigo 702¹⁵, e o Esboço de Código Civil Brasileiro¹⁶, em seu artigo 1.953, esboço elaborado por Augusto Teixeira de Freitas (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 43).

No entanto, no final do século XIX e início do século XX, apesar de toda a força do voluntarismo jurídico, o qual, conforme já exposto, repudiava a realização de modificações posteriores à formação do contrato, várias teorias começaram a ser elaboradas com base na cláusula *rebus sic stantibus* em virtude, principalmente, das guerras, cujos efeitos se propagavam sobre o valor da moeda e a inflação, atingindo indiretamente as relações socioeconômicas da época. Ante tais eventos, a própria França, em 1918, sancionou a Lei *Faillot*, a qual reincorporou a cláusula *rebus sic stantibus* ao ordenamento jurídico francês sob uma nova conformação teórica, a saber: a imprevisão dos eventos supervenientes, possibilitando, destarte, a modificação das normas contratuais na hipótese de a prestação de uma das partes contratantes se tornar excessivamente onerosa (WALD, 2013, p. 329).

IV, fr. 8, do Digesto, de Justiniano) estabelece que o contrato de execução prolongada (de trato sucessivo e dependente de futuro) deve ser cumprido, no pressuposto de que se conservem imutáveis as circunstâncias que as partes tiveram presentes na celebração; se elas mudarem, a execução deve ser igualmente mudada”.

¹⁴ Acerca desse Decreto, Luis Renato Ferreira da Silva (2001, p. 98) relata que esse texto normativo integrava o *Corpus Juris Canonici*, o qual, juntamente com o *Corpus Juris Civilis*, era ensinado nas faculdades de direito da época (direito canônico e direito civil, respectivamente).

¹⁵ Tradução feita por Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006, p. 43): “Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvo as exceções especificadas na lei”.

¹⁶ Tradução feita por Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006, p. 43): “Art. 1.953. Os contratos válidos têm força de lei para as partes contratantes”.

A partir desta Lei, a possibilidade de revisão judicial dos contratos readquiriu grande relevância para a sociedade da época. Entre as principais repercussões da reintrodução de tal cláusula ao ordenamento jurídico europeu, podemos assinalar o caso da Itália, que promulgou a Lei de Guerra de 1915, que permitia, em suma, a exoneração do devedor de suas responsabilidades contratuais se, em decorrência da guerra, a sua prestação contratual se tornara impossível ou lhe acarretasse a excessiva onerosidade em caso de cumprimento (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 48 e 52). Em outras palavras, durante o século XX, como consequência da Primeira e da Segunda Guerra Mundial, bem como da Crise Financeira de 1929, foram exigidos dos legisladores e dos tribunais a elaboração de medidas com o intuito de permitir o reajustamento das obrigações contratuais, sob pena de prejudicar os interesses individuais e sociais (WALD, 2013, p. 331).

Acompanhando as modificações legislativas acima retratadas, uma série de teorias foi elaborada pela doutrina com o intuito de tratar da revisão dos contratos por fatos supervenientes à formação do contrato¹⁷. Entretanto, a maioria dessas concepções acabou não sendo difundida entre os países e, conseqüentemente, não sendo reproduzidas nas suas legislações. À exceção dessas teses revisionistas, duas outras teorias, além da Teoria da Imprevisão, conquistaram certo destaque na doutrina internacional, quais sejam: a Teoria da Onerosidade Excessiva, adotada pelo Código Civil Italiano de 1942, e a Teoria da Base Negocial, concebida pela jurisprudência alemã e posteriormente acolhida pelo BGB – Código Civil Alemão – de 2002 (SILVA, 2001, p. 101-102).

¹⁷ Como exemplos, Luis Renato Ferreira da Silva (2001, p. 102-106) examina quatro teses revisionistas, construídas à época: a) A teoria da pressuposição de Bernard Windscheid, segundo a qual uma das partes contratantes ao emitir uma declaração de vontade no contrato pressupunha a sua conformidade ao fim do negócio jurídico celebrado, sobrepondo a condição de que se mantivesse o ambiente fático durante a execução contratual; b) A teoria da superveniência de Giuseppe Osti, que entendia que o contrato é composto por duas vontades: uma manifestada no momento de sua formação, denominado de consentimento, que introduz ao negócio representações de cunho objetivo, e outra manifestada quando da execução, chamada de vontade marginal, que possui o conteúdo negocial objetivo agregado pela primeira vontade. Logo, se não ocorressem os eventos previstos nas representações objetivas, essa última vontade não se perfetilizaria, atraindo a necessidade de aplicação da revisão contratual; c) A teoria das circunstâncias extracontratuais de Bruzin, a qual parte do pressuposto de regulamentação de quais as situações integrariam a álea contratual previsível (circunstâncias contratuais) e quais se configurariam como eventos imprevisíveis (circunstâncias extracontratuais) para fins de, no momento da execução, diante do contexto fático, poder aferir se há ou não a possibilidade de revisão contratual; e d) A teoria do erro, pela qual a figura do erro – defeito do negócio jurídico – consistiria em um instituto capaz de ensejar a revisão do contrato em caso de a representação que a parte contratante formulasse acerca do contexto fático superveniente se destoar da realidade modificada por eventos imprevisíveis.

A) Itália

Conforme já mencionado no capítulo anterior, tamanha era a repercussão das concepções liberais-voluntaristas provenientes da Revolução Francesa de 1789 e, ulteriormente, sacramentadas no Código Civil Napoleônico de 1804 que diversos países, não apenas europeus, elaboraram codificações privadas, estabelecendo como elemento fundamental a vontade manifestada no contrato celebrado e, destarte, o princípio *pacta sunt servanda* como o norteador nas relações jurídico-privadas. Como exemplo da repercussão de tal ideologia jurídico-privada, a Itália, na mesma esteira que a tendência mundial à época, promulgou, em 1865, o seu Código Civil com caráter liberal. Todavia, diante das grandes alterações no contexto socioeconômico internacional no início do século XX decorrentes da 1ª Guerra Mundial, a Itália, excepcionando o princípio da intangibilidade dos contratos que regia o seu Estatuto Civil, editou o Decreto nº 739 em 1915, que contemplava a possibilidade de revisão dos contratos pelo Poder Judiciário ao equiparar a guerra à força maior, assim como fez a França por meio da Lei *Falliot* (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 52).

Posteriormente, em virtude da gradativa propagação da Teoria da Imprevisão na doutrina jurídica internacional e as consequências socioeconômicas com a 2ª Guerra Mundial, a Itália promulgou, em 1942, um novo Código Civil, vigente até hoje. Nessa nova codificação, no âmbito do Direito Contratual, pôde-se constatar o destaque dado ao princípio da obrigatoriedade do contrato, e (o mais importante) à formulação de uma variante da Teoria da Imprevisão, a saber: a Teoria da Onerosidade Excessiva. Tal teoria, *a priori*, havia sido concebida tão somente para os casos de resolução do contrato pela onerosidade excessiva superveniente na prestação das partes contratantes¹⁸, segundo se depreende da leitura do artigo 1.372 e do art. 1.467, assim previstos:

O contrato tem força de lei entre as partes. Não pode ser desfeito senão por mútuo consenso ou por causa prevista em lei¹⁹ (Texto traduzido por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, 2006, p. 43).

Nos contratos de execução continuada, periódica ou de execução futura, se a prestação de umas das partes tornou-se excessivamente onerosa em consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1.458. A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente entrar na álea

¹⁸ Acerca da restrição dessa teoria à hipótese de resolução do contrato, havia grandes discussões doutrinárias na Itália, uma vez que essa restrição aplicada pelo Código afrontaria o princípio da conservação do contrato e, assim, o próprio fim do contrato, qual seja o seu adimplemento (MARTINS-COSTA, 2005, p. 297).

¹⁹ Texto original: “Art. 1372. Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 842).

normal do contrato. A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo modificar igualmente as condições do contrato²⁰(Texto traduzido por Paulo Roque Khouri, 2006, p. 116).

Ao encontro dessa teoria concebida pelo Código Civil Italiano, pode-se averiguar, no contexto internacional, a elaboração de algumas codificações privadas que detinham normas com o fito de incorporar na legislação a possibilidade de revisão judicial dos contratos por causa superveniente que provocasse a onerosidade excessiva a alguma das partes contratantes, tal como o Código Civil Argentino de 1968, em seu art. 1.198, § 2º²¹.

B) Brasil

No Brasil, especificamente, houve a elaboração do Código Civil por Clóvis Beviláqua, o qual entrou em vigor em 1916 e se orientou pela mesma ideologia norteadora do Código Civil Napoleônico. Em razão disso, o Código Civil de 1916 consistiu em uma codificação liberal que ignorava a questão social e a sua importante influência no âmbito contratual, o que lhe rendeu severas críticas. Entre essas críticas, pode-se destacar a sua flagrante disparidade não somente com o contexto social brasileiro da época como também com a tendência jurídica europeia que, diante das guerras e da repercussão de seus efeitos na economia, estava reincorporando a cláusula *rebus sic stantibus* ao ordenamento jurídico. É o que sustenta Arnoldo Wald (2013, p. 332):

O Código fora feito para um mundo estável, com moeda firme, em que os contratos não deveriam sofrer maiores alterações independentemente da vontade das partes. Era ainda o mundo dos fisiocratas, do *laissez-faire*, *laissez-passer*, para o qual Clóvis fez o seu projeto. Já se disse, aliás, que o Código nasceu velho para a sua época.

Assim sendo, era evidente que não se preocupasse com o problema da imprevisão.

²⁰ Texto original: “Art. 1467. 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). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 878).

²¹ Texto original: “Art.1.198. § 2º. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron 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 extraordinarios 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 propio 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 en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 879).

Por outro lado, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011) alerta que outra corrente doutrinária à época criticava fortemente as teses ensaiadas com o fito de permitir a revisão contratual pela imprevisão dos eventos supervenientes à formação do contrato. Esse contingente da doutrina brasileira era liderado principalmente por Pontes de Miranda, o qual, em síntese, “[...] rejeitava radicalmente a teoria da imprevisão, pela qual não se sabe quais as circunstâncias a ponderar” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 869).

Diante da nítida rigidez dos ideais voluntaristas nas raízes do Direito Privado Brasileiro, Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006, p. 153) relata que diversas tentativas da jurisprudência e da doutrina em encontrar no Código Civil de 1916 a possibilidade de invocar a Teoria da Imprevisão restaram infrutíferas, uma vez que a codificação expressamente não havia recepcionado tal teoria. De fato, a verdadeira intenção do legislador na elaboração de tal Estatuto era visivelmente vedar qualquer tipo de interferência à autonomia da vontade das partes contratantes por alterações supervenientes à formação do contrato. Essa intenção, à época, frustrava os doutrinadores que buscavam incessantemente, com base em um sentimento de equidade, alguma forma de possibilitar a revisão dos contratos (SILVA, 2001, p. 116). Ocorre que, na mesma esteira da tendência jurídico-internacional, a força da ideologia liberal-voluntarista pregada pelo Código Civil de 1916 começou a enfraquecer-se diante dos nefastos efeitos produzidos pelas Grandes Guerras da primeira metade do século XX, o que exigiu dos juristas brasileiros a elaboração de mecanismos intervencionistas com o intuito de viabilizar a atuação do Estado no âmbito contratual e, destarte, o reajustamento dos negócios jurídicos celebrados (COELHO, 2005, p. 205).

A partir da inserção dessa nova ideia à seara contratual decorrente, sobretudo, da inflação e da conseqüente desvalorização da moeda brasileira, uma série de juristas iniciou, ante a multiplicidade de contratos afetados pelas transformações socioeconômicas do século XX, a formular pareceres em resposta a consultas de seus clientes em prol da revisão judicial dos contratos pela Teoria da Imprevisão. Entre esses juristas, urge mencionar o importante papel desempenhado por Arnoldo Wald, o qual elaborou, à época, um parecer, no qual analisou preponderantemente a repercussão da inflação e da desvalorização da moeda nos pactos firmados (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 870), conforme se infere de breve trecho do referido parecer que ora se transcreve:

Reconheceu-se, assim, que em todo contrato existe, implícito ou explícito, o direito subjetivo do contratado ao equilíbrio econômico e financeiro. Quando ocorre uma ruptura do equilíbrio inicial, em detrimento de uma das partes, esta tem o direito ao restabelecimento desse equilíbrio, mediante o pagamento, pela outra, de complemento ou reajuste de preço. Conforme destaca a doutrina, a regra é aplicável

mesmo quando não consta expressamente do contrato, uma vez que constitui verdadeira *conditio juris* implícita em todo contrato. Em recente estudo, o Prof. Julian Chacel, da Fundação Getúlio Vargas, [...] invocando a lição de Frank H. Knight, na sua obra clássica **Uncertainty, Risk and Profit**, conclui o ilustre economista brasileiro que normalmente cabe ao empresário, nos contratos bilaterais, aceitar os *riscos*, mas não deve arcar com as situações decorrentes da *incerteza*, por não ter sido quantitativamente mensurável e não ser previsível, nem evitável (WALD, 1989, p. 27).

Ao longo do século XX, seguindo essa tendência, os juristas brasileiros buscaram solucionar esse defeito apresentado pelo Código Civil de 1916 por intermédio da elaboração de projetos de leis privadas que abarcassem a revisão judicial dos contratos. Como exemplos dessa tendência, podemos assinalar os anteprojetos de Código das Obrigações, arquitetado por Caio Mário em 1965, e o Projeto de Novo Código Civil, elaborado por Orlando Gomes, que acabaram sendo rejeitados pelo Congresso Nacional (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 154-156). Contudo, foi somente a partir do Anteprojeto de Código Civil de 1972, cuja comissão era composta pelos professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva e Torquato Castro e supervisionada por Miguel Reale, que a revisão judicial dos contratos foi efetivamente introduzida ao Código Civil Brasileiro, acolhendo a Teoria da Onerosidade Excessiva (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 157-158).

Entretanto, há de se destacar que, antes do Código Civil Brasileiro de 2002 e diante da esmagadora pressão social e doutrinária pela positivação jurídica da faculdade das partes contratantes em revisar judicialmente os negócios jurídicos que celebraram, editaram-se várias legislações que disciplinaram a possibilidade de revisão judicial do contrato: o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 –, a Lei nº 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, a Lei nº 8.666/93 que disciplinou os procedimentos licitatórios, e a Lei nº 8.987/95, que regulamentou o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (MARTINS-COSTA, 2005, p. 289-290; SILVA, 2001, p. 117).

2.4.1.2 Abordagem conceitual

Como já explicitado, existem diversas circunstâncias externas à vontade das partes contratantes que podem ocorrer supervenientemente à celebração do contrato e acarretar significativas alterações ao contexto fático-contratual vigente no momento da formação. Esses eventos supervenientes à formação do contrato podem revestir-se da imprevisibilidade e da

extraordinariedade frente às reais expectativas dos contratantes, assim como à própria álea inerente ao negócio jurídico pactuado. Desse modo, em detrimento dos princípios da intangibilidade do contrato (*pacta sunt servanda*), concede-se a ambos os contratantes, por ocasião das consequências jurídicas resultantes de eventos imprevisíveis e extraordinários, a possibilidade de promover judicialmente o reajustamento das cláusulas e dos termos dos contratos celebrados desde que estes negócios sejam de trato sucessivo ou de execução diferida no tempo (LÔBO, 2011, p. 201-202).

No mesmo sentido, sustenta Arnaldo Wald (2013):

A teoria da imprevisão considera o contrato não como negócio isolado, mas como algo que se insere dentro de uma realidade e está sujeito às incertezas inevitáveis, próprias e imanes do futuro. Assim, ela é aplicada quando há modificação das circunstâncias de forma a onerar excessivamente uma das partes, isto é, busca retomar o equilíbrio quando os contratantes não vislumbram mais a mesma realidade em que foi celebrado o contrato. Em última análise, ela está relacionada com o contrato no tempo, e seu objetivo é tutelar as partes da alteração da realidade que era desconhecida no momento da realização do contrato (WALD, 2013, p. 336).

Adotando diversos elementos estruturais da Teoria da Imprevisão, formulou-se a Teoria da Onerosidade Excessiva enraizada na Codificação Civil da Itália de 1942, mais precisamente em seu artigo 1.467. Diante da grande repercussão dessa teoria na doutrina jurídico-internacional, como se observa no caso do Código Civil Argentino que, como já mencionado, filiou-se a tal concepção revisionista, o Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Onerosidade Excessiva no campo da revisão judicial dos contratos, reproduzida, sobretudo, nos seus artigos 317, 478 e 479, assim dispostos:

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.

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

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

Em contrapartida, a despeito da clara adoção da Teoria da Onerosidade Excessiva, persiste ainda na doutrina contemporânea uma grande controvérsia em torno de qual foi a teoria revisionista o Código Civil Brasileiro atual se filiou, se foi a Teoria da Imprevisão ou a

Teoria da Onerosidade Excessiva (TARTUCE, 2013, p. 167). Como exemplo dessa parte da doutrina que defende a filiação do Estatuto Civil à Teoria da Imprevisão, pode-se citar Roberto Senise Lisboa (2009, p. 83), o qual alerta que, apesar do novo Código Civil prever a possibilidade de resolução do contrato pela onerosidade excessiva, o seu artigo 478 exige, para promover a revisão judicial do contrato por evento ulterior à contratação, que fatores exógenos e imprevisíveis proporcionem o desequilíbrio contratual e a onerosidade excessiva a uma das partes, o que demonstraria a adoção da Teoria da Imprevisão, e não a da Onerosidade Excessiva.

Ao encontro de tal concepção, porém, com fulcro em outro argumento, Flávio Tartuce (2013) sustenta a filiação do Código Civil à Teoria da Imprevisão embasado no art. 317 do aludido Código que não possui correspondência com a lei italiana:

A questão referente à teoria adotada pelo atual Código Civil quanto à revisão contratual por fato superveniente é demais controvertida, sendo certo que, tanto na III Jornada (2004) quanto na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2006), não se chegou a um consenso. Reafirmamos que continuamos filiados à corrente segundo a qual a atual codificação adotou a última versão da teoria da imprevisão. De fato, o art. 478 do nosso Código Civil equivale ao art. 1.467 do Código italiano. Entretanto, a nossa lei traz o art. 317, que não tem correspondente naquela codificação estrangeira. Essa é a fundamental diferença (TARTUCE, 2013, p. 168).

Todavia, o que prepondera, hodiernamente, é a corrente que sustenta a adoção da Teoria da Onerosidade Excessiva pelo Código Civil de 2002, corrente doutrinária esta defendida por Judith Martins-Costa, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Paulo Roque Khouri, entre outros. Não obstante a sua elevada relevância, tal questão terá seus contornos melhor examinados e aprofundados quando houver a análise dos requisitos específicos dispostos no Código Civil para a revisão judicial dos contratos.

Não obstante o Código Civil de 2002 tenha previsto expressamente a aplicação da resolução do contrato no caso de afetação deste por causas supervenientes à sua formação, Judith Martins-Costa (2005, p. 297-298) ressalva que, diferentemente do Código Civil Italiano, o Código Civil de 2002 não restringiu o instituto da onerosidade excessiva apenas ao rol de hipóteses de resolução do contrato; pelo contrário, ampliou o seu campo de incidência para, de forma igual, aplicar-se as hipóteses de revisão judicial dos contratos. Paulo Roque Khouri (2006, p. 122-123) justifica essa postura adotada pelo Código com base no princípio da conservação dos negócios jurídicos – princípio este diretamente conectado ao princípio da função social e que se fundamenta na concepção de que, em caso de desequilíbrio contratual

ocorrido por qualquer causa, primar-se-á, antes da resolução do contrato, pela sua manutenção por intermédio da utilização de mecanismos para reequilibrar o contrato.

Essa primazia da manutenção do vínculo contratual estabelecida pelo Código Civil foi objeto, inclusive, dos Enunciados nº 149 e 367, respectivamente, aprovados na I e III Jornada de Direito Civil, realizadas pelo Conselho da Justiça Federal, assim dispostos:

149 – Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.

367 – Art. 479. Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório.

A respeito de tal assertiva, ainda, Carlos José Cordeiro e Josiane Araújo Gomes (2011), refletindo sobre a redação do art. 478 e do art. 317, ambos do Código Civil, confirmam, apesar da redação defeituosa do artigo 478, essa posição doutrinária assentada no sentido de que há preferência à preservação do negócio jurídico sobre a resolução contratual:

Percebe-se que o art. 478, que trata especificamente sobre contratos, menciona somente a possibilidade de resolução contratual, enquanto que o art. 317, ao tratar das obrigações de modo geral, dispõe sobre a revisão contratual. Não há fundamento em se considerar que não seja possível revisar um contrato que se enquadrar em todos os requisitos do art. 478, pois esta é uma opção muito mais razoável e atenta aos princípios contratuais do que a resolução contratual (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 133).

Portanto, em que pese a disposição clara e precisa da codificação, a doutrina e a jurisprudência, de maneira diversa, tem defendido a prevalência da revisão judicial do contrato sobre a resolução do contrato, assentando que tão somente em caso de impossibilidade no reajuste das cláusulas contratuais de modo equitativo pela autoridade judicial com o intuito de restaurar a justa distribuição de proveitos entre os contratantes, a resolução do contrato seria decretada pelo juiz (COELHO, 2005, p. 106).

Nesse ponto, acrescenta, ainda, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011, p. 915-916) que, embora, da leitura literal do texto legal, o artigo 317 do CC se limite à aplicação do instituto da revisão judicial do contrato, enquanto o art. 478 do CC apenas preveja a resolução do contrato, à luz do princípio da isonomia e pelo fato de regularem o mesmo fenômeno, qual seja a onerosidade excessiva decorrente de um evento superveniente à formação do contrato,

ambos os dispositivos legais devem harmonizar-se, concedendo-se a faculdade dos contraentes em optar por revisar ou por resolver o contrato lesado.

Abordado os aspectos conceituais e estruturais da revisão judicial dos contratos à luz da Teoria da Imprevisão e da Teoria da Onerosidade Excessiva, cabe tratar, no próximo capítulo, dos diversos requisitos exigidos pela Teoria da Onerosidade Excessiva, a qual, consoante já afirmado, foi a tese revisionista acolhida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, para a aplicação de tal mecanismo jurídico no âmbito dos contratos.

3 TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E SEUS REQUISITOS

Como requisitos para a aplicação da revisão judicial do contrato por causas supervenientes sob a égide de tal teoria, a doutrina elenca, de um modo geral, a comutatividade do contrato celebrado, ou seja, a certeza recíproca de cada contratante no que se refere às prestações devidas a outra parte e as que teria direito; o diferimento da execução do contrato quer por ser de execução diferida, quer por ser de execução continuada, quer por ser de trato sucessivo; a imprevisibilidade e a extraordinariedade do evento superveniente à formação do contrato que extrapole a álea própria do contrato; o desequilíbrio contratual decorrente desse fato superveniente, acarretando a onerosidade excessiva na prestação de uma ou de ambas as partes; e a inimputabilidade do(s) contraente(s) pela ocorrência do fato extraordinário e imprevisível que implicasse a onerosidade excessiva das prestações contratuais (SILVA, 2001, p. 109-115)²², os quais serão abordados individualmente a seguir.

3.1 COMUTATIVIDADE

Como já exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, a comutatividade se constitui no elemento ínsito naqueles contratos em que existe uma equivalência de prestações e as partes contratantes, logo no momento da formação do contrato, têm certeza de seus interesses e das obrigações contratuais. Em outros termos, já possuem ciência daquilo que irão receber e daquilo que irão perder (AZEVEDO, 2009, p. 75). Como exemplo de contrato comutativo, o qual ostenta as características acima assinaladas, Flávio Tartuce (2013, p. 22) cita o contrato de compra e venda simples, em que o vendedor de antemão já sabe qual o preço a ser pago e o comprador qual é a coisa a ser entregue.

Porém, tal equivalência das prestações deve ser examinada não sob a ótica da objetividade, e sim sob o prisma da subjetividade. Em outras palavras, “pode não haver equivalência objetiva, mas subjetiva, existente apenas no espírito dos contraentes, e não necessariamente na realidade, visto que cada qual é juiz de suas conveniências e interesses” (GONÇALVES, 2012, p. 97). Portanto, em tese, não se poderia aplicar a revisão judicial nos contratos em que há esta equivalência de prestações – como é o caso dos contratos aleatórios –, porquanto o objetivo desse instituto se fundamenta na conservação do contrato no tocante à

²² Além de todos esses requisitos, convém ressaltar a necessidade de intervenção judicial para promover-se a revisão do contrato pela Teoria da Onerosidade Excessiva, com a devida ressalva ao procedimento arbitral que adveio com a Lei nº 9.307/96 (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 165).

sua utilidade para ambos os contraentes e à justiça que lhe é imanente, o que não se coaduna àquelas espécies de contrato que estariam alijados desse equilíbrio. Contudo, o Brasil, a partir da leitura tanto do art. 317 quanto do art. 478 do Código Civil de 2002, tão somente limita a sua aplicação aos contratos de execução continuada, aos de execução diferida e aos de trato sucessivo, deixando de pronunciar-se acerca da necessidade do caráter comutativo do contrato a ser revisado judicialmente (SILVA, 2001, p. 114; MIRANDA, 2013, p. 440).

3.2 CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA, CONTINUADA OU DE TRATO SUCESSIVO

Entre os inúmeros critérios classificatórios aos quais os contratos se submetem, pode-se observar a classificação definida com base no critério do momento da execução do contrato. Nessa classificação, os contratos se classificam em quatro espécies: os de execução imediata, os de execução diferida, os de execução continuada e os de trato sucessivo. Nos contratos de execução imediata, ou também denominados instantâneos, as prestações contratuais são realizadas em um único momento, dispensando maior dilação de prazo, tal como é o caso do contrato de compra e venda com pagamento à vista (WALD, 2013, p. 286).

Por outro lado, os contratos de execução diferida, também chamados de execução retardada, caracterizam-se por serem cumpridos, como o de execução instantânea, em um só ato, contudo em um momento futuro certo e previamente determinado pelas partes contratantes, ou seja, um termo estipulado em contrato (GONÇALVES, 2012, p. 103). Esse negócio jurídico é visualizado, por exemplo, no caso da compra e venda, cuja alienação do bem esteja vinculada ao pagamento de uma nota promissória (TARTUCE, 2013, p. 38).

Ainda, há os de execução continuada que se caracterizam pela prestação ser efetivamente uma, contudo é realizada de forma parcelada, perpetuando o contrato até o implemento integral da obrigação. Como caso típico de tal espécie de contrato, a doutrina refere o contrato de compra e venda a prazo, cuja obrigação do comprador é única - o pagamento do preço convencionado -, porém estipula-se em contrato que tal obrigação será efetuada em parcelas. Assim, até a quitação de todas as parcelas, não se considerará cumprida a obrigação do comprador (GOMES, 1999, p. 79).

Por fim, existem os contratos de execução de trato sucessivo, cujo cumprimento é realizado por atos reiterados, isto é, importam prestações periódicas que, ao invés de extinguir a obrigação, fazem renascer uma nova, perpetuando o contrato até o implemento de alguma condição, termo ou até a ocorrência de alguma outra causa extintiva. Em tais contratos,

inclusive, a própria continuidade ou a duração do contrato é uma situação almejada por ambos os contraentes. Como caso típico de um contrato de trato sucessivo, podemos destacar o da locação, no qual a prestação do aluguel tem efeito liberatório tão somente com relação ao débito correspondente ao período estipulado pelas partes, e o contrato de trabalho, em que, de um modo geral, o funcionário emprega a sua força de trabalho em contraprestação ao salário pago mensalmente pelo empregador (PEREIRA, 2013, p. 62-63).

A doutrina reverencia a importância dessa classificação para determinados fins práticos: (i) somente se aplica a Teoria da Onerosidade Excessiva aos contratos de execução diferida, de execução continuada e de trato sucessivo; (ii) não se permite, nos contratos de execução continuada e nos de trato sucessivo que o contratante que deve satisfazer a sua obrigação primeiro argua a *exceptio non adimpleti contractus*²³, (iii) a nulidade ou a resolução dos contratos de execução instantânea reconduz as partes ao *status quo* anterior, enquanto que, nos de execução continuada e de trato sucessivo, são respeitados os efeitos produzidos pelos serviços prestados, por exemplo, pelo empregado em decorrência do contrato de trabalho, impossibilitando, destarte, esse retorno ao estado anterior à contratação; e (iv) a distinção na contagem dos prazos prescricionais para a propositura da ação de resolução contratual (GONÇALVES, 2012, p. 103).

3.3 IMPREVISIBILIDADE E EXTRAORDINARIEDADE DO EVENTO SUPERVENIENTE

A imprevisibilidade e a extraordinariedade do evento(s) superveniente(s) que acarrete(m) o desequilíbrio contratual e que extrapole(m) a álea normal imanente ao contrato são elementos imprescindíveis para a invocação do instituto da revisão judicial do contrato, conforme se depreende de uma leitura literal do artigo 478 do Código Civil.

Diferentemente do disposto no artigo acima transcrito, o Código Civil enraíza a possibilidade de revisão judicial em outro dispositivo legal sem, contudo, impor a necessidade da presença do elemento da extraordinariedade do evento superveniente, a saber: o artigo 317.

Apesar da nítida conexão da imprevisibilidade e da extraordinariedade, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011) conceitua ambas as características, realçando as suas peculiaridades:

²³ Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011), “a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) é uma espécie de autodefesa do devedor, exercida no âmbito do contrato bilateral contra a pretensão do credor que não prestou ou não ofereceu a sua prestação” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 722).

Extraordinário é o que está fora do que acontece normalmente. A chuva é o ordinário, a inundação pode ser o extraordinário, em área que historicamente não tenha sofrido os efeitos da enxurrada. Imprevisível é o que está fora da cogitação das pessoas que estão celebrando o contrato. A inundação em área de risco, que seguidamente alaga, é fato previsível; a queda da barreira de contenção da barragem pode ser fato imprevisível. Ambas são qualidades objetivas do fato (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 899).

Contudo, reconhece o referido jurista que “embora seja possível identificar a diferença (p. ex. a queda da barragem será sempre um fato extraordinário, embora as circunstâncias possam evidenciar, dados os sinais e os alarmes, que fosse um fato previsível já ao tempo da contratação), a verdade é que na prática os dois conceitos são tratados como se tivessem o mesmo significado”, assim como “os conceitos de ‘caso fortuito e força maior’, distinguíveis teoricamente, mas usados na prática de modo a tratar indistintamente as situações” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 900)²⁴.

Filiado a essa corrente doutrinária que trata de ambos os elementos como se tivessem o mesmo significado, Nelson Borges (1990, p. 25-36) critica o texto normativo elaborado pelo legislador no art. 478 do Código Civil:

Imprevisível é aquele fato que se situa além das fronteiras dos acontecimentos normais, ordinários, comuns, portanto fora de qualquer previsão. Ao buscarmos o conceito de extraordinário, até etimologicamente temos que aceitar como tudo aquilo que gravita fora da órbita do que é ordinário, comum, previsível. Dessa forma, se acontecimento imprevisível significa não previsível, incomum, ‘extraordinário’, não há como fugir à evidência de que fato extraordinário quer dizer não ordinário, incomum, ‘imprevisível’, donde a equivalência das expressões e a sua conseqüente e condenável redundância.

Alinhando-se à posição de Ruy Rosado, Paulo Roque Khouri (2006, p. 54-55) explana que, sob a visão voluntarista, a imprevisibilidade e a extraordinariedade seriam elementos autônomos e distintos, pois categoricamente um acontecimento anormal ou extraordinário poderia ser subjetivamente previsível, tal como terremotos nas proximidades da Cordilheira dos Andes. Por outro lado, em uma perspectiva objetiva, poder-se-ia considerar natural para os contraentes, ainda que, diante da previsibilidade de eventos anormais no momento da formação do contrato, deixassem de prever as repercussões desses eventos supervenientes no negócio jurídico celebrado, justamente pelo fato de serem extraordinários.

²⁴ Nesse ponto, cabe elucidar e, de maneira simultânea, esclarecer que o caso fortuito e a força maior, como bem refere Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958), são causas que, de fato, liberam o devedor das obrigações pelo fato de representarem uma hipótese de impossibilidade absoluta ou objetiva de prestação da parte contratante, diferentemente das que possibilitam a resolução ou a revisão que são impossibilidades relativas (FONSECA, 1958, p. 346).

Portanto, o que prepondera atualmente é orientação objetiva na análise da imprevisibilidade/extraordinariedade do evento superveniente à celebração do contrato com a finalidade de promover a sua revisão judicial, uma vez que, sob o prisma objetivo, o fato que comporte essas características – imprevisibilidade e extraordinariedade – estaria relativamente mais conectado ao conteúdo do negócio jurídico celebrado (local mais afetado pelas consequências do acontecimento superveniente) do que propriamente à vontade dos contratantes, a qual fora manifestada em um ambiente que não mais existia no momento da execução do contrato. Em outros termos, a orientação objetiva indica que a vontade manifestada pelos contraentes não conseguiria praticamente assegurar uma qualificação certa do fato superveniente como extraordinário, visto que somente o exame objetivo do evento seria capaz de precisar se o acontecimento e as suas consequências estavam realmente fora do controle da vontade das partes (KHOURI, 2006, p. 55).

Contudo, essa avaliação objetiva do fato superveniente apresenta um problema, qual seja a dificuldade no enquadramento do evento no tipo disciplinado normativamente como imprevisível (MARTINS-COSTA, 2005, p. 308), problema este que demanda do jurista a necessidade de avaliar se a repercussão do fato ocorrido durante a execução do contrato estaria coberta ou não pelos próprios riscos do vínculo contratual (KHOURI, 2006, p. 56). Diante de tal cenário, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011), analisando o elemento da imprevisibilidade do fato superveniente à formação do contrato passível de aplicação da revisão judicial, formula uma forma de, por meio de critérios objetivos, caracterizar o evento como imprevisível e, assim, preencher este requisito constante no art. 478 do Código Civil:

A imprevisibilidade deve acompanhar a ideia da probabilidade: é provável o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá, certamente, conforme o juízo derivado da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que o fato, com seus elementos, atuará eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o contrato (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 900).

Na mesma linha, Judith Martins-Costa (2005, p. 308) sustenta que o acontecimento imprevisível corresponderia àquele fato que não poderia ser legitimamente esperado pelos contraentes, considerando a justa expectativa das partes no momento da conclusão do ajuste, expectativa esta avaliada objetivamente segundo a boa-fé e os costumes do local da contratação. Ou seja, devem-se avaliar as qualidades das partes contratantes, as suas características profissionais, a natureza do negócio celebrado, as circunstâncias específicas do

caso, o contexto socioeconômico no qual se desenvolve a relação obrigacional, bem como as práticas costumeiras de contratação pertinentes ao contrato em específico.

Em suma, a autoridade judicial, ao examinar o contrato *sub judice* para determinar se tal negócio é passível ou não da revisão, não pode restringir tal análise a meras alterações do contexto contratual. Com efeito, o juiz deve aprofundar o exame do contrato de tal modo que flagre, além dos efeitos do evento à relação contratual, as consequências decorrentes da mudança da equação do pacto celebrado ainda que resultantes de eventos teoricamente previsíveis (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 156), conforme restou estabelecido pelo Conselho de Justiça Federal ao aprovar os Enunciados nº 17 na I Jornada de Direito Civil e nº 175 na III Jornada Civil respectivamente:

17 - Art. 317: A interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’, constante do art. 317 do Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.

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 consequências que ele produz.

Desse modo, se as circunstâncias advindas no momento da execução contratual pertencerem ao ordinário curso dos acontecimentos naturais, políticos, econômicos ou sociais e, por isso, passíveis de previsão pelos contratantes quando da conclusão do negócio, não haveria razão para tutelar a parte que sequer usou da normal prudência necessária para prevenir a possibilidade de ocorrência de eventos previsíveis, estipulando o conteúdo contratual de acordo com essas possíveis avenças (GONÇALVES, 2012, p. 199-200)²⁵.

Todavia, desde a inserção dessas características do fato superveniente como requisitos essenciais à teoria revisionista no Brasil por Arnaldo Medeiros Fonseca em razão das fortes resistências da corrente voluntarista à adoção de uma teoria que possibilitasse a revisão judicial dos contratos e gerasse uma exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, tais fatores são alvos de críticas pela doutrina de um modo geral, uma vez que se constituem em um elemento que restringe ainda mais a aplicação de tal instituto aos contratos, violando, dessarte, o princípio da relatividade e da conservação dos contratos (GONÇALVES, 2012, p. 195).

Ao encontro dessa concepção, Flávio Tartuce (2013, p. 172), inclusive, chega a afirmar que tais requisitos tornam praticamente impossível a revisão dos contratos por evento

²⁵ Nessa senda, ainda, cumpre transcrever o Conselho de Justiça Federal aprovou na IV Jornada de Direito Civil o Enunciado nº 366: “Art. 478. O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.

superveniente²⁶, “retirando a efetividade do princípio da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, normalmente utilizados como fundamentos para a revisão contratual”. Tal opinião exarada por Flávio Tartuce, como ele próprio aponta em sua obra, teve como inspiração Álvaro Villaça de Azevedo, o qual defende que, ao restringir-se a aplicação da revisão contratual apenas em decorrência de fatos imprevisíveis, “ninguém poderá contratar seguramente, em regime de inflação, por exemplo, pois o agravamento desta, ou, ainda, a deflação, sendo previsíveis, estarão sempre, a ameaçar os contratantes, com insegurança constante e em verdadeiro clima de risco, como nos contratos aleatórios” (AZEVEDO, 2009, p. 30).

3.4 ONEROSIDADE EXCESSIVA

Para a doutrina, a onerosidade excessiva se constitui em um elemento primordial para permitir às partes promoverem a revisão judicial do pacto firmado por circunstância superveniente à sua formação. Isso porque, em que pese a força do princípio da função social do contrato e do princípio da equivalência material²⁷, não se poderia considerar razoável, para fins de justificar uma modificação superveniente no âmbito contratual e uma exceção ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, uma mera circunstância ulterior à formação do contrato da qual não resulte sérios prejuízos a um ou a ambos os contratantes (MARTINS-COSTA, 2005, p. 304). Não obstante a presença e a relevância de tal elemento para a aplicação do instituto da revisão contratual com base na Teoria da Onerosidade Excessiva, parte da doutrina e da jurisprudência, como já aludido, entende que o Código Civil vigente adotou a Teoria da Imprevisão sob o fundamento de que, em outra disposição legal que prevê a possibilidade de revisão, qual seja o artigo 317, não haveria o elemento da onerosidade excessiva, mas tão somente a imprevisibilidade do fato superveniente à formação do contrato.

Embora permaneça como assentado na jurisprudência tal concepção, outro contingente da doutrina de posição adversa elenca vários elementos que podem demonstrar que foi, de fato, a Teoria da Onerosidade Excessiva, e não a Teoria da Imprevisão, que foi a adotada pelo

²⁶ Nessa senda, Ênio Santarelli Zuliani (2011, p. 35) faz breve crítica a tal instituto, no mesmo sentido ao da posição de Álvaro Villaça de Azevedo sustentando, que “não cabe esperar que os acontecimentos sejam espetaculares, porque, se não for minimizado o conceito de magnitude, poder-se-á estagnar o instituto no reino da fantasia”.

²⁷ Acerca de tais princípios norteadores das relações contratuais, Paulo Lôbo (2011, p. 69-71) afirma que “o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem”, enquanto que o princípio da equivalência material busca preservar “a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes”.

Código Civil. Além da própria redação contida no art. 478 do Código Civil que se afigura bastante semelhante ao artigo 1.467 do Código Civil Italiano que trata da resolução do contrato pela onerosidade excessiva superveniente (SILVA, 2001, p. 112), verifica-se que o art. 317 do CC traz, entre os seus elementos, a “desproporção manifesta”. Esse elemento, nas palavras de Judith Martins-Costa (2005, p. 305-306) e de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011, p. 913), equipara-se à onerosidade excessiva constante do art. 478 do referido Código, pois, assim como nesse último, a prestação contratual deve ser avaliada objetivamente em dois momentos: na celebração do contrato e na execução do contrato, com o fito de determinar se o evento superveniente produziu ou não um sacrifício ao devedor no que tange ao cumprimento da sua obrigação contratual, ou até uma perda significativa para o credor no tocante ao valor da prestação a que teria direito.

Além dessa comparação a ser realizada sobre a prestação nestes dois momentos do contrato, necessita-se examinar a onerosidade excessiva sob a ótica da álea normal do contrato, uma vez que excessiva seria apenas a característica atribuída àquela onerosidade que extrapolasse os limites dessa álea, o que permite aventar esse elemento como um parâmetro qualitativo para o exame do efeito do fato novo na economia do contrato. Assim, “o que vai além da adequada distribuição de ônus e vantagens, o que excede a previsível oscilação das condições do mercado ou das circunstâncias próprias do contrato de que se trata, segundo a adequada flutuação esperada para aquela relação, vai além da álea normal e pode caracterizar a onerosidade excessiva” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 906).

A respeito de tal ponto, acrescenta, ainda, Paulo Roque Khouri (2006):

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 antes da incidência do fato extraordinário. O contrato está seriamente desequilibrado e a parte lesada não pode mais suportar o risco desse equilíbrio. Nesse caso, não há que se falar em risco próprio da contratação, mas em risco impróprio e extraordinário (KHOURI, 2006, p. 113).

Para a definição da onerosidade excessiva, afiguram-se relevantes alguns fatores: o tipo contratual, o objeto e a função do contrato, a finalidade a que está aposto aquele tipo de negócio, as cláusulas pelas quais o contrato foi estruturado e a específica conjuntura do mercado examinada no momento da pactuação e no momento da execução do pacto (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 907). A par de todos esses fatores, incumbe à autoridade judicial, no exercício de seu prudente arbítrio, analisar o caso concreto e precisar o que seria considerado uma onerosidade excessiva para os contratantes naquele contrato e naquele

contexto em específico. “Deve, assim, verificar se ocorreu, de fato, o desequilíbrio do contrato e sopesar a posição relativa das partes, considerando, como ponto de partida, a equação econômico-financeira inicial da avença, ou seja, as obrigações contraídas pelas partes e os objetivos comuns que almejavam” (GONÇALVES, 2012, p. 201).

Examinado tal ponto, cabe definir o que seria o elemento da onerosidade excessiva. Em síntese, poder-se-ia conceituar a onerosidade excessiva como sendo “o fenômeno pelo qual a obrigação se torna mais gravosa no momento de seu cumprimento do que se poderia esperar, quando da celebração do contrato, em face de acontecimentos externos ou exógenos extraordinários e imprevisíveis” que provocam, destarte, “o desequilíbrio da relação socioeconômica contratual” (SENISE LISBOA, 2009, p. 82).

Em compasso a essa concepção, Paulo Roque Khouri (2006) conceitua esse elemento, ressaltando que a onerosidade excessiva pode recair tanto sobre o devedor na hipótese do valor da sua prestação se elevar substancialmente quanto sobre o credor quando a prestação a que tem direito sofrer uma considerável redução:

A onerosidade excessiva é a repercussão do fato superveniente que deve estar presente na obrigação contratada para o adequado acionamento do regime geral. Ela revela o surgimento de uma grave dificuldade de qualquer dos contratantes em cumprir o avençado. É a patologia que atinge a obrigação contratual no curso de sua execução que deve ser afastada, para proteger, seja o interesse patrimonial do credor, seja o do devedor. É que tanto o contratante devedor da prestação como o contratante credor dela podem ter o seu interesse patrimonial seriamente atingido pelo fato superveniente. Isso ocorre com o contratante credor quando vê a prestação a que tem direito gravemente reduzida em seu real valor patrimonial. Na perspectiva do contratante/devedor, ocorre quando ele vê o valor real da prestação substancialmente elevado (KHOURI, 2006, p. 65).

Diante de tal assertiva, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2011, p. 904) impõe a existência de dois tipos de onerosidade excessiva: a direta, a qual atinge a prestação não cumprida na sua objetividade, isto é, torna-se extremamente difícil para o devedor cumpri-la, e a indireta, a qual decorre da desvalorização da contraprestação devida a uma prestação ainda não cumprida, ou seja, decorre do aviltamento da contraprestação. Como exemplo da possibilidade de mútua onerosidade excessiva para os contratantes, pode-se destacar o caso da desvalorização da moeda que pode provocar o aviltamento da prestação ao credor e a elevação do valor a ser pago pelo devedor em outro padrão monetário com cotação maior no mercado (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 905). Convém, no entanto, ressaltar apenas que a onerosidade excessiva não implica a impossibilidade absoluta superveniente de cumprir a obrigação (como seria o caso da força maior e do caso fortuito anteriormente tratados), mas

tão somente a dificuldade extrema do adimplemento pela parte prejudicada por ocasião da alteração superveniente do contexto fático-contratual (GOMES, 1999, p. 39).

3.5 INIMPUTABILIDADE DAS PARTES PELO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL

Outro requisito elencado pela doutrina que se afigura necessário para promover a revisão judicial do contrato por evento ulterior à sua celebração consiste na impossibilidade de o fato alegado como causador do desequilíbrio contratual ser decorrente de uma conduta adotada por um dos contratantes que se comprometera à execução contratual. Em outras palavras, é vedada a invocação do instituto pelo contraente com base em um fato que acarretou o desequilíbrio contratual e do qual possa ser-lhe imputada a culpa.

Embora tradicionalmente esse elemento não esteja presente na Teoria da Onerosidade Excessiva, a doutrina, em geral, respaldada pelo próprio Código Civil Brasileiro, afirma que não se poderia desconsiderar o fato de que se um dos contraentes, por sua própria conduta, acarretar direta ou indiretamente a impossibilidade de cumprimento do contrato, este contratante não pode, em decorrência de uma onerosidade excessiva que sofrera em razão dessa conduta, invocar a Teoria da Onerosidade Excessiva como recurso (SILVA, 2001, p. 113-114). Decorre tal impedimento do princípio geral de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza, pressuposto intrinsecamente ligado ao princípio da boa-fé e ao da probidade nas relações contratuais (SILVA, 1996, p. 159).

Como exemplo de evento imputável a uma das partes contratantes, pode-se mencionar o artigo 396 do Código Civil²⁸ que sujeita a caracterização da mora do devedor ao preenchimento concomitante de dois requisitos: o incumprimento da obrigação contratual pelo devedor e a sua culpa por tal anormalidade contratual (GONÇALVES, 2012, p. 201-202), consoante se extrai da leitura do referido dispositivo legal.

No entanto, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2004, p. 104-110) ressalva que, para a configuração da imputabilidade do fato a um dos contraentes, afigura-se necessária, além do próprio inadimplemento contratual, a presença de mais dois elementos: a ilicitude do ato praticado pelo inadimplente e a possibilidade de se lançar um juízo de reprovação ou de censurabilidade sobre essa conduta. Em primeiro lugar, no que tange ao elemento da ilicitude, observa Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2004, p. 107) que existem circunstâncias nas quais o devedor deixa de cumprir a sua obrigação em situações autorizadas pelo Direito, tais como na

²⁸ “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

exceção de contrato não cumprido e no exercício do direito de retenção. Ou seja, “apesar da intenção manifestamente contrária ao cumprimento, o ato é, nesses casos, autorizado pela ordem jurídica”, afastando, assim, a imputabilidade do devedor pelo desequilíbrio contratual (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 107).

Acerca do juízo de censurabilidade, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2004) sustenta:

Este somente existirá quando o autor daquela conduta (dolosa ou culposa) tiver capacidade civil e praticar a ação em condições de lhe ser exigível comportamento adequado, conforme as normas do dever, os preceitos da lei, as cláusulas do contrato e as exigências dos princípios que norteiam o direito das obrigações, [tal como ocorre, por exemplo,] com o obrigado que se vê na emergência de proteger ao mesmo tempo dois bens colocados à sua guarda, sem poder desempenhar-se das duas proteções ao mesmo tempo, e escolhe um, deixando perecer o outro. Nessa ‘colisão de interesses’, igualmente protegidos, para o qual o devedor em nada contribuiu, torna-se incensurável o seu comportamento – apesar da ilicitude – por inexigibilidade de conduta diversa (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 108).

Portanto, a imputabilidade ao contraente pelo fato que ensejou a onerosidade excessiva da sua prestação no âmbito contratual tão somente estará caracterizada quando houver o inadimplemento contratual decorrente de um ato ilícito realizado de forma culposa ou dolosa pelo contraente e sobre o qual possa ser lançado um juízo de reprovação ou censurabilidade (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 110). A este propósito, Paulo Roque Khouri (2006) descreve um exemplo em que o devedor não poderia, em face da onerosidade excessiva causada por sua própria desídia, invocar a Teoria da Onerosidade Excessiva a fim de proporcionar a revisão judicial do contrato afetado:

Veja-se o exemplo de um importador que se obrigou a fornecer cem unidades de computador para uma loja de informática, que lhe pagaria contra [sic] o recebimento a vista da mercadoria. Ocorre que o importador, por desídia, não entrega os computadores na data acordada e, durante o atraso, o real sofre uma desvalorização de grandes proporções frente ao dólar. É evidente que, nesse caso, o importador não pode pretender a resolução do contrato por onerosidade excessiva ou a modificação da cláusula preço. A sua conduta morosa contribuiu para o agravamento de sua própria prestação, motivo por que o fato deixa de ser alheio, imputável, passando a lhe ser totalmente imputável (KHOURI, 2006, p. 63).

3.6 REQUISITO ADICIONAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Além dos requisitos acima elencados e examinados, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 478²⁹, estabelece, em particular, outro elemento necessário para a invocação da Teoria

²⁹ “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

da Imprevisão, a saber: a extrema vantagem obtida pela outro contraente em detrimento da excessiva onerosidade suportada pela parte prejudicada. Todavia, tal requisito acrescentado pelo legislador brasileiro é alvo de severas críticas pela doutrina brasileira. Em síntese, sustenta a doutrina que esse elemento limita ainda mais a possibilidade de invocação da Teoria da Onerosidade Excessiva e a sua aplicação pela autoridade judicial para promover a revisão dos contratos afetados pela superveniência de eventos extraordinários e imprevisíveis a ambas as partes que onerem de modo excessivo as prestações contratuais. Em outras palavras, o próprio objetivo do instituto – restabelecer o equilíbrio e a comutatividade contratuais a fim de permitir às partes que cumpram o contrato e atinjam a intenção comum que as levaram a formalizar um pacto – restaria prejudicada (SILVA, 2001, p. 113; RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 165).

Ao encontro de tal concepção, cumpre transcrever a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2004) acerca do requisito da extrema vantagem sofrida por um dos contratantes e da necessidade de concomitância com o requisito da onerosidade excessiva sofrida pelo outro, previstos no art. 478 do CC:

Entre os seus requisitos, além da extraordinariedade dos acontecimentos imprevisíveis e do ônus excessivo para uma das partes, figura o da extrema vantagem para a outra, o que limita ainda mais o âmbito de abrangência da cláusula. Os fatos modificativos extraordinários incidem, quase sempre, de modo igual sobre as duas partes, tornando inviável a prestação, sem que disso decorra vantagem à outra; assim a guerra, as revoluções, os planos de intervencionismo econômico etc. Portanto, o último requisito é absolutamente inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 152).

Com base na possibilidade de quebra de tratamento isonômico entre os artigos 478 e 317 do Código Civil, complementa, ainda, Ruy Rosado (2011, p. 911) que “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”.

Diversamente, compreende Luis Renato Ferreira da Silva (2013):

O requisito da vantagem deve ser visto não na relação já estabelecida, até porque se nessa houvesse já essa vantagem, o contrato poderia ser lesivo. O foco da

imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

interpretação deve considerar a seguinte questão: hoje (com a circunstância alteradora já existente) as partes firmariam esse contrato nos mesmos termos? Se o fizessem (porque desejavam muito o objeto contratual, porque vislumbravam um negócio necessário para outros fins, porque não tivessem outras condições de mercado, por exemplo), não estará configurado o requisito. Se não o fizessem, manter-se o contrato é propiciar ao contratante não onerado uma vantagem excessiva (SILVA, 2013, p. 24).

3.7 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL

Conforme já referido, a Teoria da Onerosidade Excessiva é a tese adotada pelo Código Civil, especificamente, nos seus artigos 317 e 478, de cujas redações se extraem as características imprescindíveis do evento superveniente à celebração do contrato: a onerosidade excessiva e a extraordinariedade/imprevisibilidade. Com o advento da referida codificação, respaldada pelos ditames da Constituição Federal, bem como a crise financeira ocorrida em 2008/2009, a atividade do Poder Judiciário no âmbito da revisão dos contratos teve um aumento considerável, possibilitando a criação de precedentes e entendimentos acerca de contratos específicos e a chancela de diretrizes doutrinárias concernentes à revisão judicial dos contratos por causa superveniente a sua formação (WALD, 2013, p. 338-341).

Contudo, em virtude do elevado número de requisitos, bem como da rigorosidade no que se refere aos quesitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade do fato superveniente à formação do contrato, a jurisprudência se mantém ainda reticente no que tange ao enquadramento de casos concretos como imprevisíveis e extraordinários embora se evidencie o agravamento da prestação do devedor. Com efeito, os Tribunais, de um modo geral, consideram como parâmetro para o exame de tais características o contexto econômico no qual está inserido o contrato, o que dificulta o enquadramento de algum evento como imprevisível para os contraentes, visto que, diante do crescimento dos meios de comunicação e do fenômeno da globalização, circunstâncias anteriormente consideradas extraordinárias e imprevisíveis, tais como a escala inflacionária, o aumento do dólar ou até o desemprego, atualmente são fatos previsíveis para quem negocia. Portanto, assentando-se tal hermenêutica jurisprudencial ao artigo 478 do Código Civil, como já exposto quando tratado do requisito da imprevisibilidade, estar-se-ia retirando a efetividade dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, utilizados como fundamentos para a revisão contratual (TARTUCE, 2013, p. 172).

Nesse sentido, Álvaro Villaça de Azevedo (2009) enaltece a sua posição acerca de tal requisito e o obstáculo que esse elemento provoca para o reajustamento contratual:

Resumindo, nessa oportunidade, meu entendimento, julgo que a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz a sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis. [...] Minha sugestão, portanto, é a de que se elimine essa situação de imprevisibilidade, constante do art. 478 do atual Código Civil Brasileiro, riscando-se do seu texto a palavra, *imprevisíveis*. [...] Ao meu ver, deve excluir-se a palavra *imprevisíveis*, também desse art. 317, pois qualquer motivo grave de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de qualquer imprevisibilidade (AZEVEDO, 2009, p. 30-31).

Apesar dessa posição jurisprudencial, merecem destaque dois precedentes que demonstram essa crescente atuação dos Tribunais no âmbito da revisão contratual, um do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e outro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No primeiro, a Primeira Câmara Cível do TJRS confirmou a sentença de procedência de uma ação revisional de contrato administrativo com base nos artigos 58, inciso I e § 2º³⁰, e 65, inciso II, alínea “d”³¹, da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações). Entendeu, em suma, a Câmara que o aumento considerável da cotação do ácido sulfúrico no mercado, objeto da licitação pelo Poder Público, caracterizou-se como evento superveniente de caráter extraordinário e imprevisível para a empresa contratada, o que a impossibilitou de cumprir o contrato. Dessa forma, permitiu-se o reajustamento do contrato, conforme se depreende da leitura da ementa desse precedente assim transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ÁCIDO SULFÚRICO. ALTERAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. TEORIA DA IMPREVISÃO.

A nova cultura acerca do contrato administrativo adota a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público.

É possível a revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato administrativo para a manutenção do equilíbrio contratual, nos termos do artigo 58, I e § 2º, da Lei nº 8.666/93, bem como de acordo com o disposto no artigo 65, II, "d", do mesmo diploma legal porque durante sua vigência podem ocorrer alterações econômicas que ensejam a inviabilidade da execução do contrato nos termos originalmente

³⁰ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; [...]

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

³¹ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]

II - por acordo das partes: [...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

pactuados, aplicando-se, assim, a teoria da imprevisão, mas quando presentes certos requisitos.

Compulsando os autos, bem como a notícia de novo contrato firmado em janeiro de 2008 entre as partes (fls. 639/644) que estabelece preços largamente superiores aos do contrato aqui discutido (R\$ 1.310,00 naquele e R\$ 605,00 neste), ou seja, atualizados à situação econômica do momento, penso que restou devidamente comprovada a alteração da base econômica contratual presente quando houve a celebração original do contrato. No momento da contratação, à evidência, tal aumento era absolutamente imprevisível, posto que dependia da economia nacional. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A sentença, bem analisando as condições do §3º do artigo 20 do CPC, bem como a sucumbência parcial mínima, fixou adequadamente a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, não havendo reparos no ponto. POR MAIORIA, VENCIDO O DES. DIFINI, APELO DESPROVIDO.

(Apelação Cível Nº 70031798259, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 27/10/2010).

No segundo precedente, a Quarta Turma do STJ assentou o entendimento de que seria inaplicável a Teoria da Imprevisão (no presente trabalho entendida como a Onerosidade Excessiva) aos contratos de compra futura de soja sob o fundamento de que o produto objeto do contrato possuía cotação em bolsa, estando, assim, sujeito à flutuação diária no seu valor de mercado. Assim, tal peculiaridade afastaria, a despeito da excessiva onerosidade no pagamento da entrega do produto efetuada, o caráter extraordinário e imprevisível do evento superveniente à contratação, qual seja a valorização da soja no mercado, consoante se extrai da leitura desse precedente assim ementado:

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. COMPRA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. ELEVAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INOCORRÊNCIA.

1. A cláusula *rebus sic stantibus* permite a inexecução de contrato comutativo – de trato sucessivo ou de execução diferida – se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente.

2. Nesse passo, em regra, é inaplicável a teoria da compra futura de soja a teoria da imprevisão, porquanto o produto vendido, cuja entrega foi diferida a um curto espaço de tempo, possui cotação em bolsa de valores e a flutuação diária do preço é inerente ao negócio entabulado.

3. A variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não se consubstancia acontecimento extraordinário e imprevisível, inapto, portanto, à revisão da obrigação com fundamento em alteração das bases contratuais.

4. Ademais, a venda antecipada da soja garante a aferição de lucros razoáveis, previamente identificáveis, tornando o contrato infenso a quedas abruptas no preço do produto. Em realidade, não se pode falar em onerosidade excessiva, tampouco em prejuízo para o vendedor, mas tão-somente em percepção de um lucro aquém daquele que teria, caso a venda se aperfeiçoasse em momento futuro.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 849.228/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 12/08/2010).

Por conseguinte, pode-se observar que, ao encontro das grandes transformações não somente doutrinárias como também legislativas no Direito brasileiro, o Poder Judiciário, por

meio da jurisprudência, tem ampliado a sua atuação nas causas concernentes à revisão dos contratos com base nos artigos 478 e 317 do Código Civil e nas demais leis extravagantes, tal como a Lei das Licitações, apesar de manter-se reticente ainda quanto à intromissão da autoridade judicial no âmbito dos contratos à luz do princípio *pacta sunt servanda*.

4 CONTRATOS ALEATÓRIOS

Após esmiuçar o instituto da revisão dos contratos e as condições que a doutrina e o Código Civil Brasileiro estabelecem para a sua aplicação, afigura-se necessário, para fins de averiguar a possibilidade de revisão judicial dos contratos aleatórios por fator superveniente à sua formação, discorrer acerca dos contratos aleatórios. Desse modo, no presente capítulo, abarcar-se-á, sob tal pretexto, um breve histórico acerca da origem da expressão aleatório; o conceito atual designado a este tipo de contrato pela doutrina; as suas características, destacando, em especial, aquelas que o distingue de outras espécies contratuais, tal como o contrato condicional; e, finalmente, o regime jurídico ao qual se submetem, enaltecendo os motivos pelos quais alguns institutos jurídicos aplicáveis aos contratos comutativos não podem ser invocados, em tese, nos contratos aleatórios. Para atingir-se tal finalidade, buscar-se-á colacionar, além dos pensamentos emanados da doutrina, precedentes jurisprudenciais, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça a fim de examinar o tratamento dado pelo Poder Judiciário aos contratos aleatórios.

4.1 ORIGEM DO TERMO

A expressão “aleatório” provém do vocábulo *alea* do latim, que, traduzido ao português, exprime o significado de sorte, risco, êxito, azar ou ato dependente de caso ou do destino (CUNHA GONÇALVES, 1956, p. 298). Na História, tal termo conquistou a sua fama em virtude de Caio Júlio César que, em 49 a.C., pronunciou a seguinte frase: “*alea jacta est*” (“*a sorte está lançada*”) ao tomar a decisão de cruzar com as suas legiões o Rio Rubicão, que delimitava a divisa entre a Gália Cisalpina (Gália ao sul dos Alpes, que atualmente corresponde ao território do norte da Península Itálica) e o território da Itália, com o fito de combater o exército do general Pompeu e de se consagrar, posteriormente, o grande vitorioso do Primeiro Triunvirato (BUSARELLO, 1998, p. 01).

4.2 CONCEITO

O contrato, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 7), consiste no “acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”. De forma mais contextual e abrangente, afirma Paulo Lôbo (2011) que esse negócio jurídico é:

o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. [...] O contrato gera nas partes a convicção da certeza e da segurança de que as obrigações assumidas serão cumpridas e, se não o forem, de que poderão requerer judicialmente a execução forçada e a reparação pelas perdas e danos (LÔBO, 2011, p. 15).

No Direito Civil, existe uma série de classificações desses negócios jurídicos com o objetivo de auxiliar os juristas tanto no aspecto teórico quanto prático, permitindo, em suma, identificar as características de cada contrato, o regime jurídico a que se submetem e as consequências legais e jurídicas próprias a cada categoria contratual. Para tanto, ao longo da História, inúmeros critérios foram utilizados com o intuito de definir e distinguir cada espécie de contrato. É o que se evidencia no Direito Romano, por exemplo, cuja classificação dos contratos era definida pela apreciação dos fatores formais desses negócios jurídicos. Com base em tais aspectos, os contratos, no Direito Romano, eram originalmente classificados em reais, verbais, literais e consensuais e se sujeitavam a dois regimes jurídicos distintos: o dos contratos propriamente ditos e o dos pactos (WALD, 2013, p. 273-274).

Atualmente, a partir da aglutinação de distinções clássicas, oriundas do Direito Romano ou do Direito Canônico, com as criadas pelo Direito Moderno, a maioria da doutrina destaca, como critérios para a categorização dos contratos, principalmente, o da distribuição das obrigações, o dos esforços das partes contratantes, o do momento de formação do contrato, o do modo de execução, o da relação de personalidade, o da forma e o da complexidade do negócio consubstanciado no contrato (WALD, 2013, p. 274).

Especificamente acerca da classificação quanto à distribuição das obrigações, a doutrina assinala a existência de três tipos de contratos:

a) os unilaterais, que correspondem a negócios jurídicos em que apenas uma das partes contratantes possui obrigação de prestar, tal como no contrato de doação pura, na qual existem obrigações apenas ao doador (entrega do bem ao donatário) (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 729);

b) os bilaterais imperfeitos, que são, de fato, unilaterais, porém, ou, no momento da celebração do contrato, são atribuídas prestações às duas partes carentes do elemento da reciprocidade, como é o caso do contrato de comodato, em que o comodante tem a obrigação de propiciar ao comodatário o gozo da coisa e este de restituí-la no termo estabelecido, ou, em decorrência de alguma circunstância ocorrida no curso de sua execução, nasce alguma obrigação ao contratante que não detinha anteriormente qualquer dever principal, visualizado, por exemplo, no caso do contrato de comodato, em que poderia surgir para o comodatário o direito de reclamar do comodante a indenização de eventuais despesas que suportou com o fito de conservar o bem objeto do contrato (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 513); e

c) os bilaterais perfeitos, nos quais “ambas as partes contraem obrigações e ao menos alguns dos deveres recíprocos de prestação estão vinculados entre si, de modo que a prestação de uma representa, de acordo com a vontade de ambas as partes, a contraprestação, a compensação pela outra”. Tal relação de correspectividade e interdependência no âmbito contratual é denominada de sinalagma³² (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 510).

Subsidiariamente a essa classificação, evidencia-se uma subdivisão dos contratos em onerosos e os gratuitos. Os gratuitos se caracterizam pela existência de uma liberalidade de uma das partes, isto é, um dos contratantes proporciona um benefício à outra parte sem exigir uma contraprestação ou sacrifício desta. Por outro lado, os negócios jurídicos onerosos são aqueles em que o benefício auferido pela parte corresponde a um sacrifício da outra, isto é, configura uma contraprestação equivalente (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 516). No que se refere especificamente aos contratos onerosos, tais espécies de contrato podem ser classificados segundo o critério da certeza das obrigações ou, assim também denominada, critério da comutatividade das prestações, podendo ser de duas ordens: ou comutativos ou aleatórios. Nos contratos comutativos, as partes contratantes possuem ciência de antemão das prestações estipuladas no negócio e, em razão disso, guardam entre si uma relativa equivalência de valores e de prestações. Por outro lado, nos contratos aleatórios, também chamados de “contratos de sorte” (BORGES, 2000, p. 79), a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida ou suscetível de estimativa prévia pela outra, isto é, não há uma equivalência entre as prestações, ficando, destarte, uma delas dependente de acontecimento futuro e incerto (PEREIRA, 2013, p. 61).

A respeito de tal tema, ainda, Roberto Senise Lisboa (2009) retrata de forma abrangente essa diferenciação entre os contratos aleatórios e os comutativos:

No *contrato comutativo*, há equivalência das prestações pactuadas entre as partes. Não se trata sempre de uma equivalência objetiva, mas sim de equivalência subjetiva, conforme ensina Orlando Gomes, mediante a avaliação das partes por ocasião da constituição do vínculo contratual. Não há, por outro lado, riscos assumidos pelas partes além daqueles inerentes a qualquer negócio jurídico em geral. [...]

No *contrato aleatório*, há a assunção de um risco (*alea*) por uma ou ambas as partes, pois a prestação pecuniária é incerta, inexistindo a equivalência das prestação entre

³² Acerca de tal elemento, Luis Renato Ferreira da Silva (2013, p. 134-135) refere: “O fato de se perceber, no direito contratual, que há uma relação sinalagmática, de recíproca troca de interesses, de modo a que se passe a aceitar medidas corretivas do desequilíbrio destas prestações serve de analogia para as situações da vida em que as trocas ocorrem, sem os demais elementos ou requisitos necessários para as demais fontes de obrigação. Nestes casos, o reconhecimento jurídico que se faz (ainda que não legalmente pois aí poderia ser utilizada a ideia de fonte legal de obrigação) é decorrente do deslocamento patrimonial que importa em criar uma obrigatoriedade de prestação do correspectivo, a fim de que se faça presente a justiça comutativa, no sentido aristotélico do termo”.

as partes. Uma delas poderá, destarte, vir a ter vantagem sobre a outra, por fatores não imputáveis a quaisquer delas (SENISE LISBOA, 2009, p. 99).

Em relação ao fator da comutatividade, a doutrina enaltece a desnecessidade da existência de equivalência objetiva entre as prestações das partes contratantes, ou seja, as prestações não exigem rigorosamente uma equiparação no aspecto monetário ou valorativo, e sim somente a equiparação às expectativas que as partes possuíam a seu respeito. Destarte, “ao celebrar, por exemplo, um contrato de compra e venda, o vendedor sabe que deverá receber o preço ajustado na medida de sua conveniência, e o comprador, que lhe será transferida a propriedade do bem que quis adquirir” (GOMES, 1999, p. 80)³³.

Por outro lado, em qualquer contrato, especialmente nos aleatórios, conforme assevera Nelson Borges (2000, p. 81), está ínsita a *álea*, elemento este que equivale a um espaço – campo fenomenológico contratual – em que os fatos de natureza normal e anormal se desenvolvem. Identifica, ainda, o referido jurista (2000, p. 82-83) nos contratos aleatórios três tipos de *álea*: *a natural ou comum*, presente em todos os contratos a serem executados no futuro, cujos riscos são previsíveis³⁴; *a extracontratual ou anormal*, que se refere a eventos imprevisíveis e extraordinários, isto é, alheios à vontade e à conduta dos contratantes; e *a propriamente aleatória*, a qual vincula a prestação contratual de uma das partes, seja a existência, seja a quantidade, a uma circunstância futura e incerta que não dependa exclusivamente da vontade de um dos contraentes (este especificamente nos aleatórios).

Nessa senda, Orlando Gomes (1999, p. 82) afirma que “a certeza esperada da prestação dos contratos comutativos não significa que estejam isentos de toda *álea*. Há, por assim dizer, uma *álea* normal em certos contratos que dependem do futuro, sem que percam por isso sua tipicidade comutativa, como na empreitada e no transporte”. Em suma, não haveria como distanciar completamente a *álea* dos contratos comutativos, visto que, como já referido, todo o contrato comporta uma zona de risco, zona esta que, no caso dos contratos

³³ “Exemplificando com um caso corriqueiro, se o vendedor oferece à venda a sua propriedade agrária por R\$ 200.000,00 e encontra um comprador disposto a comprar a propriedade e pagar a mesma quantia, concluído estará o negócio com a assinatura da escritura pública de compra e venda, isto é, pago o preço e transmitidos os poderes dominiais. Se a propriedade vale R\$ 150.000,00, ou mesmo R\$ 400.000,00, isso não é considerado pelos contratantes, pois o vendedor quer aquela quantia determinada, pela qual o comprador aceita pagá-la” (ARAÚJO, 2010, p. 256).

³⁴ Como exemplo de eventos que estão incluídos nos limites da *álea* normal do contrato, Nelson Borges (2000, p. 79) retrata o contrato de locação, no qual o locador assume os riscos de o locatário desviar a finalidade da contratação, deixar de pagar os aluguéis, causar danos ao imóvel, sublocá-lo sem a devida autorização, não pagar os encargos do imóvel, enfim, descumprir as cláusulas contratuais. Nesses casos, em razão da sua previsibilidade, a repercussão de tais acontecimentos é minimizada pelos mecanismos de proteção ou correção previstos em lei.

aleatórios, justamente pelo fato da álea pertencer à sua essência, afigura-se mais ampla em comparação aos contratos comutativos (COELHO, 2005, p. 412).

Nessa esteira, convém enaltecer a posição de Arnaldo Wald (2013, p. 281) que sustenta a existência dos chamados contratos relativamente aleatórios, os quais, a despeito de o valor da parcela de uma das prestações contratuais depender de condição, regulam-se pelos princípios gerais dos contratos comutativos quando o princípio basilar desse negócio corresponder ao da equivalência das prestações. Segundo o aludido jurista, estaria configurado tal peculiaridade, por exemplo, numa venda de estabelecimento, onde é possível que o comprador pague uma prestação fixa, e durante determinado período, uma quota-parte dos lucros do negócio. Nesse caso, a condição de pagamento estipulada com base no lucro do negócio não altera a comutatividade essencial no negócio, que prevalece sobre a álea.

Tradicionalmente, os doutrinadores, tal como Orlando Gomes (1999, p. 75) e Araken de Assis (2007, p. 414-415), exigiam, para fins de configurar um contrato como aleatório, que o risco estivesse presente para ambas as partes. Defendia, essa corrente tradicionalista, a necessidade de uma álea bilateral, sob o argumento de que, não havendo a incerteza para ambos os contraentes no que tange à prestação da outra parte ou a sua própria desde o momento da formação do negócio jurídico, o contrato estaria eivado de nulidade. Em outros termos, considerar-se-ia um absurdo admitir-se a hipótese de uma dos contratantes celebrar o contrato na certeza de ganhar (GOMES, 1999, p. 75).

Todavia, hodiernamente, tal entendimento, construído a partir da presença de uma *álea bilateral* não mais prevalece. Isso porque, na maioria dos contratos aleatórios, tais como a aposta autorizada nos hipódromos e a loteria explorada pela Administração Pública ou pelo concessionário, pode-se sustentar que há álea apenas para um dos contratantes, enquanto que o outro embasa a sua prestação na dedução de percentual certo para custeio e lucro (nos casos de loteria e aposta), de tal modo que é possível asseverar que a celebração deste tipo de contrato em si não lhe traria risco maior do que qualquer contrato comutativo normal. Assim, “o *risco* de perder ou de ganhar pode estar presente para um ou ambos os contratantes; mas a *incerteza* do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação” (PEREIRA, 2013, p. 61).

Por fim, cabe elucidar, ainda, no presente tópico, que os contratos aleatórios, “na vida econômica contemporânea, assumiram enorme importância, em razão dos contratos de futuro ou das especulações financeiras com as mercadorias de futuro” (LÔBO, 2011, p. 103). A partir do final do século XX, os contratos de futuro – contratos, em regra, de cunho aleatório nos quais, por exemplo, estipula-se uma compra e venda de uma mercadoria em uma

determinada data no futuro por um preço –, foram agregando prestígio no mundo dos negócios, pois eram capazes de movimentar valores expressivos em transações nas bolsas de ações. Tal capacidade, cumulada com a possibilidade de formação de negócios jurídicos derivados dos produtos ou de mercadorias futuros, os quais se sujeitam a uma série de fatores futuros na fixação do preço e na data da entrega da coisa (a flutuação cambial, o clima, o aumento ou a redução de encargos financeiros e tributários e da demanda do produto ou da mercadoria), difundiu esses contratos e, simultaneamente, exigiu, por consequência, o aprofundamento do exame das regras legais e jurídicas pertinentes aos contratos aleatórios pelos contratantes e pela própria doutrina (LÔBO, 2011, p. 103).

4.3 TIPIFICAÇÕES

A doutrina, de um modo geral, elenca, como contratos tipicamente aleatórios, o contrato de seguro, disciplinado nos artigos 757 a 802 do Código Civil, no qual a prestação do segurado é certa, enquanto a do segurador é incerta pelo fato de depender da realização de uma condição, denominada de sinistro (WALD, 2013, p. 279); o contrato de constituição de renda vitalícia, disciplinado nos artigos 803 a 813 do CC, no qual alguém se obriga a prestar uma renda em períodos determinados a outrem, durante um período definido ou indefinido, mediante a cessão de um capital cuja propriedade é transferida na ocasião em que é criado o encargo, ou, ainda, sobre os próprios bens imóveis e sem remuneração alguma (GONÇALVES, 2012, p. 541); o contrato de jogo, em que duas ou mais pessoas prometem, entre si, pagar determinada quantia ao indivíduo que lograr um resultado favorável em um evento incerto, e o contrato de aposta, pelo qual duas ou mais pessoas prometem, entre si, pagar certo valor àquele cuja opinião prevalecer em virtude de um evento incerto (PEREIRA, 2013, p. 445), ambos regulados nos artigos 814 a 817 do CC; e o contrato de fiança, regulado nos artigos 818 a 839 do CC, em que uma pessoa (fiador) assegura com o seu próprio patrimônio a dívida de terceiro (devedor e afiançado) na hipótese deste inadimplir a obrigação (LÔBO, 2011, p. 430).

Além desses contratos, outro contrato aleatório que conquista gradativamente maior destaque no contexto social contemporâneo, em especial, no mercado de valores mobiliários, é o contrato de derivativos, mormente o de futuro. O contrato de derivativos que não se encontra disciplinado no Código Civil ou em legislação extravagante, constitui-se em um contrato a prazo celebrado e valorado por referência a um determinado ativo subjacente, correspondente, na maioria das vezes, a uma taxa de câmbio. Tais contratos se caracterizam

pela sua flexibilidade e apresentam como subespécies o contrato de futuro (já abordado), os *swaps*, nos quais as partes acordam a troca de prestações recíprocas, os *forwards*, em que as partes adotam um contrato de compra e venda baseado em um determinado ativo subjacente, como, por exemplo, uma determina moeda, estabelecendo-se, destarte, um preço e uma data futura previamente fixados (MARTINS-COSTA, 2009, p. 03).

Acrescenta, ainda, Judith Martins-Costa (2009) que:

nos contratos de derivativos, [...] a aleatoriedade manifesta-se como um *elemento essencial*, na medida em que tais contratos só se formaram, pois, *por causa do risco* a que os contratantes acordaram sujeitar-se (e não *apesar do risco*)”. Assim, por exemplo, “a flutuação da taxa de câmbio é não apenas o fator *determinante* do valor das prestações das partes contratantes, mas é também a própria *razão de ser* do contrato, de modo que o risco de oscilações cambiais desfavoráveis, por mais acentuadas que estas viessem a se revelar na data da execução, não constituía, para as partes contratantes, uma qualquer vicissitude imprevista e estranha ao contrato (MARTINS-COSTA, 2009, p. 16).

Antes de ingressar à classificação dos contratos aleatórios, cumpre, ainda, abordar uma breve diferenciação de dois conceitos bastante parecidos: o contrato de risco e o contrato aleatório. O contrato de risco, como assinala Flávio Tartuce (2013, p. 22), é o nome atribuído ao contrato de compra e venda que contém uma cláusula aleatória no contrato, segundo a qual uma das partes assume arcar com o risco da frustração do resultado pretendido. Em outras palavras, o contrato de risco ou a alienação com cláusula aleatória configura uma espécie de contrato aleatório, juntamente com os de seguro, aposta e jogo.

De acordo com alguns autores, tal como Washington de Barros Monteiro (2010, p. 88-89), além dos chamados contratos aleatórios por natureza ou absolutos, os quais se caracterizam por possuir o elemento do risco em sua essência desde a sua formação, como é o caso do contrato de seguro e dos demais citados anteriormente, existiriam os denominados contratos aleatórios por acidente ou acidentalmente aleatórios. Segundo tal corrente, esta subespécie, em síntese, é produto da transformação de um contrato tipicamente comutativo, como o de compra e venda, em aleatório devido à ocorrência de determinada(s) circunstância(s) no curso de sua execução (TARTUCE, 2013, p. 22).

No entanto, a doutrina mais tradicional e predominante no que tange a tal ponto classifica os contratos aleatórios em três tipos: os que se referem a coisas futuras cujo risco de não existirem é assumido pelo adquirente; os que se relacionam a coisas futuras pelas quais o adquirente assume o risco de virem a existir em qualquer quantidade; os que tangem a coisas existentes, mas expostas a riscos assumidos pelo adquirente (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 892), os quais serão individualmente abordados a seguir.

a) Venda de coisa futura – risco concernente à própria existência da coisa (*emptio spei*)

Existem contratos aleatórios em que o risco se evidencia na própria existência da coisa objeto do negócio. Essa subespécie está disposta no artigo 458 do CC³⁵ e apresenta, como principal característica, a pactuação entre as partes da chamada venda da esperança (*emptio spei*), a qual consiste na probabilidade de a(s) coisa(s) que serve(m) como objeto à prestação existir(em) ou não ulteriormente à formação do contrato, tal como ocorre no contrato de seguro de responsabilidade civil (no caso o sinistro), no de jogo e no de aposta (a vitória) e no contrato de compra da rede do pescador (MIRANDA, 2013, p. 318):

Costuma-se mencionar, como exemplo da espécie ora tratada, o da pessoa que se propõe a pagar determinada importância ao pescador pelo que se apanhar na rede que está na iminência de lançar ao mar. Mesmo que, ao puxá-la, verifique não ter apanhado nenhum peixe, terá o pescador direito ao preço integral, se agiu com a habitual diligência (GONÇALVES, 2012, p. 161).

Utilizando-se esse exemplo exposto por Carlos Roberto Gonçalves (2012), caso o pescador tivesse agido, propositalmente, de forma a frustrar o contratante, como, por exemplo, não exercendo a sua atividade com a habitual diligência, ou seja, com dolo e de má-fé, seria decretada a nulidade do contrato celebrado, visto que o elemento do risco, próprio desse tipo de contrato, não existiria (ARAÚJO, 2010, p. 259).

b) Venda de coisa futura – risco concernente à quantidade da coisa esperada (*emptio rei speratae*)

Há uma segunda classe de contrato aleatório, cujo risco da coisa esperada se evidencia quando a álea está atrelada à quantidade da coisa futura, conforme se depreende da leitura do artigo 459 do Estatuto Civil³⁶. Em outras palavras, se a coisa objeto do contrato não vier a existir, o contrato será nulo, porém, se, por outro lado, a coisa vier a existir, ainda que em quantidade irrisória, o contrato se manterá, possuindo o vendedor o direito ao preço total ajustado, como é o caso do contrato de aquisição de safra futura (VENOSA, 2007, p. 375).

³⁵ “Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumiu, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”.

³⁶ “Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido”.

A fim de esclarecer de maneira mais singular essa subespécie de contrato aleatório, Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 415) refere o contrato de aquisição de uma determinada quantidade de peixes pactuada entre o pescador e o atacadista por um preço fixo:

No exemplo anterior, tendo o atacadista encomendado do pescador, por preço fixo, uma tonelada de peixes e assumido o risco de não se conseguir pescar tanto, ele deve pagar a remuneração avençada desde que pelo menos alguns pescados lhe sejam entregues. Exonera-se da obrigação de pagar somente provando a culpa do pescador na execução do contrato. Por outro lado, – e aqui está a especificidade da cláusula aleatória de quantidade –, em não conseguindo o pescador pegar um peixe sequer, o contrato perde objeto e deixa de existir, nos termos da lei. Se a álea diz respeito à quantidade esperada, a coisa deve existir em pelo menos uma unidade.

Convém mencionar, porém, que existe a hipótese de a álea estar ínsita não à quantidade da coisa esperada, mas sim a sua qualidade. Em outros termos, o adquirente pode comprometer-se a efetuar o pagamento integral do valor acordado em contrato, ainda que a coisa esperada possa vir na quantidade esperada, contudo em qualidade notoriamente inferior ao da expectativa do adquirente. Como exemplo de tal circunstância, a doutrina se refere à compra da produção de um laranjal, por determinado preço, com a expressa condição de que este pagará a quantia integral estipulada, mesmo que a qualidade da laranja não venha a ser a almejada pelo adquirente (MIRANDA, 2013, p. 324).

Contudo, o conceito do que seria propriamente uma qualidade ou quantidade inferior ao estipulado no contrato a ensejar o reajustamento ou até a sua resolução é uma definição indeterminada. Ante tal aspecto, a doutrina atribui ao juiz a função de, por meio da valoração das circunstâncias do caso concreto e da finalidade do contrato desejado pelos contratantes, ambas à luz do princípio da boa-fé objetiva que deve nortear a interpretação contratual, definir, casuisticamente, o conceito mais adequado ao que poderia ser considerado quantidade ou qualidade inferior em comparação à coisa esperada (MIRANDA, 2013, p. 324 e 335).

c) Venda de coisa existente exposta a risco

Por último, existe a hipótese de o risco do contrato aleatório estar imanente na coisa já existente, porém sujeita a perecimento ou degradação, conforme se observa na redação contida nos artigos 460 e 461 do CC³⁷. Tal caso se evidencia, por exemplo, no contrato de

³⁷ “Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato”.

compra e venda de bem imóvel sobre o qual há informações relatadas pelo vendedor ou divulgadas nos meios de comunicação de uma possível desapropriação pelo Município para a implantação de alguma obra pública.

Do mesmo modo que nos contratos aleatórios em que o risco esteja inserido na quantidade ou qualidade da coisa aguardada, a exposição do risco, segundo sustenta Custodio Miranda (2013, p. 337), é um conceito jurídico indeterminado, cuja definição cabe à autoridade judicial no caso concreto diante das circunstâncias concretas e dos valores atinentes ao caso específico. Em razão disso, essa determinação judicial se condicionará a dois contextos: o vigente no momento da contratação e o vigente no momento da execução do contrato (MIRANDA, 2013, p. 337).

No que se refere, ainda, a esta subcategoria contratual, Flávio Tartuce (2013, p. 23) reflete que, a partir de uma leitura da redação do artigo 461 do Código Civil, a possibilidade de o negócio jurídico pactuado ser anulado, se, por acaso, um dos contratantes agiu com dolo essencial na alienação aleatória e a parte prejudicada conseguir comprovar que a parte que se beneficiou não ignorava a consumação do risco a que estava sujeito o objeto do contrato celebrado.

4.4 CONTRATOS ALEATÓRIOS E CONTRATOS CONDICIONAIS

Outra distinção que se revela pertinente explorar se constitui nas diferenças entre os contratos aleatórios e os contratos condicionais. Não obstante tais espécies contratuais possuam alguma afinidade, a doutrina e a jurisprudência, de um modo geral, distinguem-nos sob o fundamento de que, nos contratos condicionais, a eficácia do contrato dependeria da avença de um acontecimento futuro e incerto para ambos os contratantes. Por outro lado, nos contratos aleatórios, o contrato em si desde logo está formado e é perfeito com relação aos requisitos necessários para a sua constituição, existindo a incerteza tão somente no tocante ao *quantum* cada contraente auferirá de lucro e ao *quantum* cada um perderá após a execução do contrato. Em outros termos, nos contratos aleatórios, o risco estaria na alternativa de ganho ou perda (GOMES, 1999, p. 75).

“Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa”.

Nessa senda, Cunha Gonçalves (1956, p. 299) discorre acerca das distinções entre essas duas categorias contratuais, destacando, principalmente, três diferenças entre os contratos aleatórios e os condicionais respectivamente:

- a) nestes, a própria existência do contrato depende de acontecimento futuro e incerto; naqueles, o contrato está formado e perfeito, e a incerteza recai, tão-somente, sobre a extensão dos lucros e das perdas dos contratantes;
- b) nos contratos condicionais, ambas as partes podem tirar proveito, ou o proveito de uma pode não constituir perda para a outra; nos contratos aleatórios, o ganho de um representa a perda do outro;
- c) nos contratos condicionais, a condição é sempre um fato futuro, ao passo que, nos contratos aleatórios, o fato de que depende o ganho, ou a perda, pode já ter-se realizado, sendo apenas ignorada a sua realização.

A respeito de tal distinção entre os contratos aleatórios e os contratos condicionais, encontra-se, na jurisprudência, o acórdão prolatado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 586.458/DF. O então Ministro Relator Barros Monteiro, embasado nos ensinamentos de Pontes de Miranda, de Orlando Gomes e de Caio Mário da Silva Pereira, elaborou, em seu voto, primeiramente uma breve diferenciação entre os contratos aleatórios e os condicionais com a finalidade precípua de definir qual era a natureza ostentada pelo contrato *sub judice*. Definida essa premissa, conclui o Ministro Relator, assim, ser indevida a indenização pleiteada pelo autor em face da Caixa Econômica Federal, pois, de fato, o contrato era aleatório e o autor teria assumido o risco de não receber nada de remuneração pelo projeto de Loteria que havia arquitetado caso não superasse o rendimento gerado pelo antigo sistema lotérico, segundo se extrai da leitura da ementa abaixo transcrita:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO ALEATÓRIO. CESSÃO DE DIREITOS SOBRE O PROJETO “CERTO OU ERRADO” PARA A LOTERIA ESPORTIVA. RISCO ASSUMIDO PELO CEDENTE AO AJUSTAR A SUA REMUNERAÇÃO, CASO O PROJETO SUPERASSE O DOBRO DOS VALORES APURADOS ANTES DE SUA IMPLANTAÇÃO. ROMPIMENTO DA PROPORCIONALIDADE ORIGINAL ENTRE TRÊS MODALIDADES DE APOSTAS. ILÍCITO CONTRATUAL NÃO CONFIGURADO.

– Hipótese em que se configura o contrato aleatório, pois o autor assumiu o risco de não receber a remuneração, se porventura a arrecadação da ‘Loteria do Certo ou Errado’ não superasse o dobro daquela concernente à ‘Loteria Esportiva Federal’.

– Na avença celebrada, a Caixa Econômica Federal não se obrigou a manter invariável a proporcionalidade entre os preços correspondentes às três modalidades de jogos: a ‘Loteria do Certo ou Errado’, a ‘Sena’ e a ‘Loto’. Inexistência de culpa e, por consequência, de ilícito contratual.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 586458/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 20/03/2006, p. 279)

Dessa forma, após demonstrar as diferenças entre o contrato aleatório e o contrato condicional, afigura-se necessário, agora, passar a examinar o regime a que se submetem os contratos aleatórios, destacando, sobretudo, os institutos jurídicos que, em comparação aos contratos comutativos, não poderiam ser aplicados a essa espécie de contrato.

4.5 REGIME

Diferentemente dos contratos comutativos, os aleatórios, conforme já referido, obedecem a um regime legal diverso, o que afigura relevante analisar para fins de precisar e, ulteriormente, abordar quais efeitos produzem, bem como a quais institutos estão sujeitos. Entre as importantes diferenças de regime, a maioria da doutrina e o diploma legal destacam, no caso de contratos aleatórios, as impossibilidades de invocação do instituto da lesão para a rescisão ou revisão contratual e de ajuizamento da ação estimatória ou da ação *quantum minoris* em caso de existência de vício redibitório no bem adquirido pelo contratante.

a) Lesão

A lesão se constitui em um defeito do negócio jurídico, previsto no Código Civil, capaz de ensejar a anulação do negócio jurídico celebrado entre as partes, conforme se depreende da leitura do artigo 157 do Código Civil³⁸. Tal defeito se configura no “prejuízo resultante da enorme desproporção existente entre as prestações de um contrato, no momento de sua celebração, determinada pela premente necessidade ou inexperiência de uma das partes” (GONÇALVES, 2010, p. 440)³⁹.

Diferentemente do Código Civil de 1916, do qual Clóvis Beviláqua havia expurgado a lesão do rol de defeitos do negócio jurídico sob o argumento de que a parte contratante lesada possuiria outros meios para resguardar seu direito, podendo-se valer dos princípios concernentes a outras modalidades de defeito, tais como o dolo e o erro, o Código Civil de

³⁸ “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.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

³⁹ Nesse ponto, cabe frisar que o Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, dispensou como requisito para a configuração da lesão o chamado dolo de aproveitamento, isto é, a ciência da outra parte da premente necessidade ou da inexperiência da parte lesada (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 108). É o que, inclusive, acabou sendo assentado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal no seu Enunciado nº 150: “Art. 157: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”.

2002 a reintroduziu no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa como, por longo tempo, a doutrina, de um modo geral, havia requisitado (GONÇALVES, 2011, p. 441).

A doutrina tradicional, encabeçada por juristas como Orlando Gomes e Cunha Gonçalves, consolidou o entendimento de que não se poderia invocar a lesão para a rescisão⁴⁰ dos contratos aleatórios sob o fundamento de que a ocorrência de uma eventual desproporção entre as prestações das partes estaria integrada em um rol de acontecimentos naturais e próprios de um contrato aleatório (GONÇALVES, 2012, p. 159). Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (1999) ratifica a sua posição:

Da especial essência do contrato aleatório decorre que a eventual disparidade entre a prestação e contraprestação jamais poderá ser considerada como 'lesão' para a parte frustrada na sua expectativa de ganho ou lucro no negócio convencionado sob cláusula de risco. Incorre, *in casu*, locupletamento indevido ou enriquecimento sem causa, porque as partes, ao pactuarem o contrato aleatório, assumiram conscientemente a probabilidade de prestações desproporcionais (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 72).

Contudo, outro contingente doutrinário diverge de tal posição, afirmando que, a despeito de, no contrato aleatório, um dos contratantes assumir o risco de haver a eventual disparidade de prestações, é possível a rescisão ou a revisão do contrato pela lesão na hipótese de a vantagem obtida por uma das partes contratantes se tornar excessiva e desproporcional, extrapolando a álea normal deste tipo de contrato (BECKER, 2000, p. 98).

Ao encontro dessa concepção, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado de modo favorável à possibilidade de rescisão ou revisão dos contratos aleatórios em razão da constatação da lesão contratual, conforme se infere do seguinte acórdão prolatado no Recurso Especial nº 1.155.200/DF, de relatoria do Ministro Massami Uyeda da Terceira Turma do STJ, recurso especial este julgado em 22 de fevereiro de 2011 e publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 02 de março de 2011, assim ementado:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.

1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, "a", da Constituição Federal.

Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB.

⁴⁰“Rescisão é ruptura de contrato em que houve lesão. Não é sempre que a lesão determina a dissolução do contrato, porquanto pode ser salvo, restabelecendo-se o equilíbrio das prestações com a suplementação do preço” (GOMES, 1999, p. 188).

2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.
3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.
4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.
5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa.
6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida.
(REsp 1155200/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011).

Por fim, acompanhando tal entendimento, Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 424) sustenta que “o contrato aleatório pode ser invalidado por lesão, se a parte exposta ao risco de perda estava premida por necessidade ou não tinha suficiente experiência para dimensionar todas as implicações do contratado. A desproporção entre as prestações é inerente aos contratos aleatórios, mas isso não afasta a possibilidade da lesão”.

b) Vícios redibitórios

O Código Civil, em seu artigo 441, aborda a definição e insere os vícios redibitórios ao ordenamento jurídico, estabelecendo que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

Na lição de Caio Mário (2011, p. 105-106), o princípio basilar dos vícios redibitórios é o princípio da garantia que se concretiza a partir da concepção de que o adquirente, sujeito a uma contraprestação, tem o direito à utilidade natural da coisa, seja imóvel, seja móvel, cuja posse deve ser necessariamente assegurada pelo alienante. Em outros termos, se porventura lhe seja entregue uma coisa carente das qualidades essenciais atinentes a sua finalidade natural, ou mesmo não guarde paralelismo ou correspondência com o valor da aquisição, concede-se ao adquirente o direito de ingressar em juízo a fim de reivindicar a reparação devida em virtude de tais defeitos no objeto contratual.

Segundo a doutrina, com o fito de caracterizar tais defeitos, afigura-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, a saber:

- a) Que a coisa tenha sido recebida em virtude de contrato comutativo, de doação onerosa ou remuneratória⁴¹;
- b) Que os defeitos sejam ocultos⁴²;
- c) Que os defeitos já existam no momento da celebração do contrato e perdurem até o momento da reclamação, a teor do artigo 444 do Código Civil⁴³;
- d) Que os defeitos sejam desconhecidos pelo adquirente;
- e) Que os defeitos sejam graves⁴⁴.

Verificado algum defeito ou vício no bem objeto do contrato, o Estatuto Civil concede duas faculdades ao adquirente: o desfazimento do contrato por intermédio da devolução do bem e do preço pago por ela, ou a exigência do abatimento do preço pago pelo bem defeituoso, a teor do seu artigo 442⁴⁵. Para tanto, a parte prejudicada dispõe de dois tipos de demandas judiciais a fim de pleitear o seu direito perante o Poder Judiciário, quais sejam: a ação redibitória (desfazimento do contrato) e a ação *quantum minoris* (abatimento do preço).

Segundo se constata do artigo 443 do CC⁴⁶, a parte prejudicada poderia requerer, além do desfazimento do contrato celebrado ou do abatimento no preço ajustado inicialmente, a indenização por perdas e danos na hipótese de o alienante ter ciência de tais defeitos no momento da celebração do contrato, ou seja, estivesse, desde a pactuação, ludibriando o adquirente e, portanto, agindo de má-fé (WALD, 2013, p. 356).

Todavia, uma vez escolhida pelo adquirente do bem a ação que será ajuizada contra o alienante em decorrência da constatação de um defeito oculto no bem objeto do contrato celebrado entre as partes, o adquirente fica impedido de rever o seu posicionamento de forma

⁴¹ Neste ponto, vale distinguir ambas as modalidades de doação: Doação onerosa é o contrato em que o doador impõe ao donatário uma incumbência ou um dever que, caso descumprido, resolve o contrato; por sua vez, doação remuneratória é o contrato em que a doação é feita em retribuição a serviços prestados, cujo pagamento não pode ser exigido pelo donatário (GONÇALVES, 2012, p. 132).

⁴² Nesse particular, Caio Mário (2013, p. 108) afirma que se considerará oculto aquele defeito que uma pessoa, que disponha dos conhecimentos técnicos do adquirente, ou uma pessoa de diligência média, se não for um técnico, possa descobrir a partir de um exame elementar. Assim, não se reputaria oculto o defeito somente porque o adquirente o não enxergou, visto que a negligência não merece proteção jurídica.

⁴³ “Art. 444. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição”.

⁴⁴ Segundo preleciona Serpa Lopes (1962, p. 174-175), “os vícios e defeitos ocultos devem ser tais a ponto de tornar a coisa inapta ao uso a que é destinada, ou importar em diminuir-lhe notavelmente o seu valor. Não ocorre tal circunstância, se a coisa for unicamente menos excelente, menos bela, menos agradável ou se se trata de ausência de alguma qualidade, v. g. o defeito de um quadro só porque não é ele obra do autor cujo nome traz, pois neste e em outros casos semelhantes trata-se de erro”.

⁴⁵ “Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço”.

⁴⁶ “Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”.

instantânea e unilateral, porquanto o Código de Processo Civil exige o consentimento do réu quanto a tal alteração em seu artigo 264⁴⁷ (VENOSA, 2007, p. 502).

Diante desse breve estudo acerca do instituto dos vícios redibitórios, resta analisar o porquê de, no caso dos contratos aleatórios, o legislador vedar a sua aplicação a essa espécie contratual. Como já referido, a aplicação de tal instituto é restrita apenas aos contratos comutativos, isto é, aos contratos em que as partes contratantes possuem certeza quanto à contraprestação da outra parte, conforme se infere da leitura da redação contida no mencionado artigo 441, *caput*, do Código Civil.

Somado ao texto legal, a doutrina e a jurisprudência, em análise ao dispositivo, justificam essa vedação sob o fundamento de que, entre os requisitos essenciais para a configuração de um vício redibitório a ensejar a reparação do adquirente, observa-se a necessidade de que os defeitos da coisa objeto do contrato estejam presentes no momento da contratação e sejam ocultos e desconhecidos pela parte adquirente. Tais requisitos essenciais para reconhecer os vícios redibitórios de um bem vão, evidentemente, de encontro aos próprios preceitos e elementos de um contrato aleatório. Isso porque, em tais espécies contratuais, as partes, desde o instante da celebração, tem ciência de que a coisa objeto do contrato pode não vir a existir, pode vir a perecer ou pode vir a existir, porém em quantidade ou qualidade menor ou maior àquela estipulada contratualmente. Em outros termos, os riscos que envolvem o contrato aleatório, seja porque fator for, são desde a celebração do contrato conhecidos e assumidos pelos contratantes, não parecendo razoável, em virtude disso, onerar, ainda mais, o vendedor com a possibilidade de o adquirente vir a constatar algum defeito no bem objeto do contrato, mesmo tendo assumido tamanhos riscos (COELHO, 2005, p. 415).

Nessa senda, Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 415-416) afirma ainda que “o adquirente não pode rejeitar a coisa com vício ou defeito oculto. Como concordou em assumir os riscos de sua existência, quantidade ou integridade, determina a lei que também arque com o prejuízo na hipótese de vícios ou defeitos ocultos (CC, art 441). Se todos os peixes trazidos pelo pescador, estavam contaminados, a perda é toda do atacadista”.

Portanto, afigura-se pacífico o entendimento de que os vícios redibitórios não podem, de forma alguma, serem constatados e arguidos pelo adquirente em contratos aleatórios, uma vez que há nítidas inconsistências essenciais e estruturais entre o instituto disciplinado no Código Civil e os contratos aleatórios que impossibilitam a sua invocação, mormente a

⁴⁷ “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.

ciência de ambas as partes acerca dos riscos que permeiam o contrato, entre eles os próprios defeitos ocultos do bem objeto do negócio jurídico, o que não ocorre nos contratos comutativos.

5 REVISÃO DE CONTRATOS ALEATÓRIOS POR CAUSAS SUPERVENIENTES À SUA FORMAÇÃO

Abordado de modo discriminado, no primeiro capítulo, o tema da revisão judicial sob a égide da Teoria da Imprevisão e da Teoria da Onerosidade Excessiva e, no segundo, os contratos aleatórios, cabe, neste capítulo, verificar a possibilidade ou não de aplicação do instituto da revisão a essa espécie de contrato.

Como já examinado, os contratos aleatórios são negócios jurídicos celebrados, nos quais há a incerteza, em regra, quanto à prestação de uma das partes (pode havê-la também em relação às prestações de ambas as partes), isto é, sujeitam-se as partes a um risco por depender de um acontecimento futuro e incerto. Diferenciam-se, assim, esses contratos dos comutativos, os quais se caracterizam pela existência de uma relação de equivalência das prestações das partes que, desde a sua celebração, são determinadas ou determináveis, e pela ciência de antemão dos contratantes acerca da sua obrigação contratual e da contraprestação da outra parte (MIRANDA, 2013, p. 313).

Nesse sentido, cabe transcrever a distinção formulada por Serpa Lopes (1962) entre os contratos comutativos e aleatórios, respectivamente:

Caracteriza-se o primeiro quando a vantagem a ser obtida pelas partes contratantes consiste numa coisa certa e determinada, embora sem escapar aos riscos relativos à coisa, nem à oscilação sobre o seu valor, embora tudo isso represente circunstâncias independentes do contrato. O contrato aleatório, ao contrário, tem precisamente por objeto um risco, isto é, uma sorte, ou álea, de maneira que tal conteúdo pode vir a faltar por completo, se a eventualidade adversa alcançar o seu grau máximo (SERPA LOPES, 1962, p. 56).

Em virtude da existência de uma equivalência e uma certeza nas prestações contratuais, os contratos comutativos de execução diferida ou continuada e o de trato sucessivo são negócios jurídicos que, sem qualquer dúvida, permitem a aplicação da revisão judicial por eventos supervenientes que o acometam, quer de modo imprevisível – Teoria da Imprevisão –, quer de modo que acarrete a onerosidade excessiva a um dos contraentes – Teoria da Onerosidade Excessiva –, com o fito de preservar essa comutatividade (MIRANDA, 2013, p. 325).

Todavia, a grande questão reside na possibilidade ou não da revisão judicial aos contratos aleatórios em que não se afigura presente essa certeza nas prestações contratuais. A doutrina, por um longo tempo, refutou a possibilidade de revisão judicial dos contratos aleatórios sob os argumentos de que (i) tais espécies de contrato estariam alijadas do

equilíbrio contratual desde a sua formação e (ii) os contratantes já tinham a ciência de antemão dos elevados riscos que envolviam o negócio que celebraram e da desproporção das prestações, o que as impediria, destarte, de serem surpreendidas pelo evento superveniente e pelos efeitos que circunstancialmente venha a produzir (sinistro, no contrato de seguro, o resultado do jogo ou da aposta, a morte do vitaliciado no contrato de renda vitalícia e a elevada desmedida do preço de uma venda de uma safra futura, por exemplo) (SILVA, 2001, p. 114; MIRANDA, 2013, p. 328-329).

Como partidário da concepção de que deve ser restrita a aplicação da revisão e da resolução judicial aos contratos comutativos, cita-se Álvaro Villaça de Azevedo (2009):

É certo que a resolução por onerosidade excessiva só pode ocorrer nos contratos comutativos de execução continuada ou diferida, o que quer dizer que a previsão inicial das partes, de saberem o que iriam ganhar e perder, resta quebrada, no correr do tempo, por substancial aumento valorativo no objeto da prestação contratada, do momento da perfeição do negócio ao de sua efetiva execução (AZEVEDO, 2009, p. 89).

Ocorre que, hodiernamente, tal concepção restritiva da aplicação da revisão judicial apenas aos contratos comutativos foi gradativamente perdendo espaço no Direito Contratual Brasileiro principalmente. Esse fenômeno de ampliação do campo de aplicação da revisão judicial foi fruto de diversos fatores; entre eles, podem-se citar as Guerras Mundiais ocorridas na primeira metade do século XX, as quais, em suma, desequilibraram inúmeras relações contratuais e demonstraram a incapacidade do Estado Liberal em satisfazer o anseio popular. Tal anseio social clamava pela intervenção do Estado na economia e no âmbito das relações jurídico-privadas mediante a elaboração de políticas públicas, bem como exigia dos legisladores e juristas soluções direcionadas à conservação dos contratos seriamente afetados (MARQUES, 2011, p. 210-211).

Desse modo, como já abordado anteriormente, em que pesasse a força do princípio *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade, premissas estas concebidas pelo Código Civil Napoleônico de 1808 de cunho liberal que se propagaram pela doutrina internacional, surgiu o Estado Social, acompanhado, no campo do Direito Privado, dos princípios da função social do contrato e da relativização do contrato. Tais princípios, em síntese, expandiram a análise da repercussão das consequências jurídicas do cumprimento do contrato ou até da sua extinção anormal ao âmbito social, o que levou, juntamente com a exigência social da elaboração de mecanismos de correção dos negócios jurídicos celebrados, aos juristas formularem teses que fundamentassem a revisão judicial do contrato (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 26-27).

Em resposta a tal exigência social, surgiu, na França, a chamada Teoria da Imprevisão que, *prima facie*, previa a possibilidade de revisão judicial na hipótese de, supervenientemente à formação do contrato, ocorrer algum evento imprevisível e extraordinário que viesse a prejudicar algum ou ambos os contratantes na sua prestação. Em compasso à tendência da época e posteriormente à Teoria da Imprevisão, adveio na Itália o Código Civil de 1942 que introduziu no âmbito do Direito Contratual a revisão judicial dos contratos à luz da Teoria da Onerosidade Excessiva, tese esta que, em grande parte, se revestiu das bases da Teoria da Imprevisão, tendo, contudo, inovado na primazia da análise do quesito da onerosidade excessiva à prestação de um dos contratantes por evento superveniente. Em outros termos, manteve a teoria revisionista italiana a exigência das características da imprevisibilidade/extraordinariedade do fato superveniente, enaltecendo, porém, o exame da onerosidade excessiva, de tal modo que a Teoria da Imprevisão, para grande parte da doutrina, apenas assumiu uma nova roupagem com o advento do Código Italiano, a saber: a Teoria da Onerosidade Excessiva (SILVA, 2001, p. 102).

Demonstrada a transcendência do Estado Liberal para o Estado Social, acompanhada pela sobrepujança dos princípios da função social e da relativização dos contratos, cabe, enfim, retornar aos argumentos ventilados por alguns doutrinadores no sentido de sustentar a impossibilidade de aplicação das teorias revisionistas acima listadas nos contratos aleatórios.

No que se refere à Teoria da Imprevisão, não se pode contestar que se afiguraria impossível, em tese, revisar os contratos aleatórios, justamente porque as partes, nessa espécie de contrato, já saberiam previamente do elevado grau de riscos que envolviam esse negócio e, em razão disso, não poderiam alegar que houve alguma circunstância imprevisível e extraordinária que extrapolasse os riscos inerentes a esse tipo de contrato. Em outras palavras, a ocorrência de fatos supervenientes estaria, em teoria, abrangida pela ampla álea normal ou comum peculiar dos contratos aleatórios (MIRANDA, 2013, p. 328-329; RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 167).

Entretanto, conforme afirma Nelson Borges (2000, p. 82), plenamente justificável seria a invocação da Teoria da Imprevisão nos contratos aleatórios sempre quando o evento superveniente que atingir a base contratual não estiver relacionado com a álea específica de dúvidas e incertezas peculiar de tal espécie contratual. Em outros termos, “quando o fato novo se insere não na álea própria do contrato aleatório, mas no risco comum a todo e qualquer contrato de execução diferida ou continuada, são aplicáveis as regras que regem o cumprimento dos contratos em geral” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 894).

Da mesma forma, tal concepção se reproduz na Teoria da Onerosidade Excessiva, que estabeleceu, em seu bojo, como um dos requisitos para a revisão judicial dos contratos a imprevisibilidade e a extraordinariedade do evento superveniente. Isso porque, além de haver a possibilidade de extrapolação dos limites próprios do risco normal dos contratos aleatórios decorrentes da circunstância ulterior à contratação, não há previsão expressa, no Código Civil Brasileiro, de tal vedação à incidência da tese revisionista a tais contratos (BORGES, 2000, p. 78). Com efeito, restringiu apenas o Código Civil Brasileiro a aplicação de tal tese aos contratos de execução continuada, diferida ou de trato sucessivo. Seguindo esse entendimento, o Código Civil Argentino – o qual, conforme já salientado, adotou a referida Teoria – prevê em seu artigo 1.198, § 2º, a possibilidade de resolução contratual em caso de a onerosidade excessiva decorrente do evento superveniente ultrapassar a zona de risco do contrato aleatório⁴⁸.

Ao encontro da concepção anteriormente transcrita de Nelson Borges e de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Paulo Roque Khouri (2006, p. 117) sustenta a possibilidade de aplicação do instituto da revisão pela onerosidade excessiva superveniente aos contratos aleatórios. Reconhece o referido jurista que, de fato, há um limite também nos contratos aleatórios no que tange aos riscos assumidos pelas partes a despeito de qualquer um dos contratantes assumirem riscos naturalmente elevados – tanto o contraente que sujeita o recebimento de sua contraprestação a um evento futuro e incerto quanto a parte que poderá ter de prestá-la no futuro. Justifica esse posicionamento esse jurista, enaltecendo a existência de um equilíbrio – ainda que ínfimo – revelado nas prestações originariamente contratadas.

Todavia, não obstante reconheça tal peculiaridade, ressalva Paulo Khouri (2006):

Simple oscilações para mais ou para menos nesse risco, como visto anteriormente, não tem nenhuma relevância jurídica e, portanto, não afetam o equilíbrio contratual. Contudo, não apenas um fato superveniente, mas também um fato superveniente extraordinário, pode romper de forma substancial esse equilíbrio e, assim, romper também o limite do risco próprio dessa contratação. Nesse momento, o fato extraordinário estará trazendo consigo uma excessiva onerosidade para a contratação aleatória. É que, ao romper esse equilíbrio, a execução do contrato deixa de ser simplesmente mais onerosa para tornar-se excessivamente onerosa. Essa onerosidade excessiva estará além do risco próprio ou álea normal do contrato (KHOURI, 2006, p. 117).

⁴⁸ Texto legal traduzido por Paulo Roque Khouri (2006, p. 116): “Nos contratos 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 pode 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”.

Diante de tal cenário, após longa discussão na doutrina e na jurisprudência brasileiras no que tange à possibilidade de revisão judicial dos contratos aleatórios, tal tema acabou sendo objeto de elaboração do Enunciado nº. 440 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil. Em síntese, assentou-se, na Jornada de Direito Civil, o entendimento no sentido de ser aplicável a revisão ou a resolução judicial aos contratos aleatórios, com a devida ressalva de que o evento superveniente, imprevisível e extraordinário não pudesse estar abrangido pela álea assumida no negócio, conforme se depreende da leitura do referido Enunciado, assim disposto:

440 - Art. 478. É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.

Nesse sentido, refletindo sobre as Teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva, Custodio Miranda (2013) sustenta:

Quem quer que celebre um contrato aleatório não o faz na persuasão de que vai sofrer um dano decorrente do fato de assumir um risco de poder perder ao invés de ganhar; a expectativa é precisamente a contrária: o contratante assume o risco, sim, mas na expectativa de ganhar. Mas, é próprio desses contratos a assunção dos riscos em proporções mais ou menos conhecidas das partes. [...] O que interessa é que a *proporção inicial dos riscos* [...] *não seja alterada*. Não é necessária a ocorrência de quaisquer fatos extraordinários ou imprevisíveis influenciando no valor de uma das prestações, tornando-a excessivamente onerosa em relação à outra, como nos contratos comutativos, mas, sim, a *alteração da proporção inicial dos riscos*, ou seja, o surgimento de uma álea anormal em relação à normal (que esta última, nos contratos aleatórios, já é anormal em relação à dos contratos comutativos) que *agrave* a posição de uma das partes (MIRANDA, 2013, p. 331-332).

Em suma, sob o regime da Teoria da Imprevisão e da Teoria da Onerosidade Excessiva, os contratos aleatórios podem ser revisados ou até resolvidos judicialmente desde que ocorra um fato superveniente à sua formação que tenha o acometido e conseguido ultrapassar o limite dos riscos assumidos pelos contratantes e próprios do negócio celebrado, qual seja a álea normal do contrato, onerando excessivamente a prestação de um ou de ambos os contratantes e atingindo, destarte, a álea anormal ou extracontratual do contrato aleatório.

6 CONCLUSÃO

Primeiramente, pode-se concluir que a *álea* é um elemento que designa os riscos que envolvem qualquer contrato, seja aleatório, seja comutativo, dividindo-se em três tipos, a *álea* normal que agrega todos os riscos previsíveis do contrato e que, por isso, não enseja a revisão e, muito menos, a resolução do negócio; a *álea* anormal, que comporta os eventos imprevisíveis e extraordinários, bem como as suas consequências, alheias à vontade e à conduta dos contratantes e, assim, permite a revisão ou a resolução do contrato; e a *álea* propriamente aleatória que subordina a prestação de um dos contraentes a uma circunstância futura e incerta – condição.

No desenvolver do presente trabalho, ao examinar-se a Teoria da Imprevisão e a Teoria da Onerosidade Excessiva, assim como a grande discussão instaurada na doutrina civilista brasileira em torno de qual tese revisionista teria sido adotada pelo Código Civil de 2002, pode-se concluir que, apesar da redação do art. 478 do nosso Estatuto Civil prever os requisitos da imprevisibilidade e extraordinariedade do evento superveniente para a revisão do contrato e a doutrina referir a inexistência de um artigo correspondente no Código Civil Italiano com o art. 317 do CCB, a Teoria da Onerosidade Excessiva, concebida no Código Civil Italiano de 1942, foi efetivamente a tese adotada pelo Código Civil Brasileiro atual. Isso porque, além da própria redação contida no art. 478 do Código Civil se assemelhar bastante ao do artigo 1.467 do Código Civil Italiano, deve-se equiparar, a partir de uma hermenêutica jurídica, a expressão “desproporção manifesta” contida no art. 317 do CCB com a onerosidade excessiva disposta no art. 478 do CCB e no art. 1.467 do Código Civil Italiano.

Por fim, após examinar minuciosamente a revisão, os contratos aleatórios, bem como os diversos argumentos ventilados pela doutrina e pela jurisprudência que impediriam, em tese, a aplicação de tal instituto a tais espécies de contrato, pode-se concluir que, a despeito da ciência de antemão pelos contratantes dos elevados riscos que envolviam o negócio que celebraram e da desproporção das prestações, bem como do alijamento de equilíbrio contratual que tais negócios possuem desde a sua formação, características estas próprias de um contrato aleatório, afigura-se plenamente justificável a revisão de tais contratos por eventos supervenientes a sua formação nos mesmos moldes de um contrato comutativo. Em outros termos, quando o fator externo e ulterior, ou melhor dizendo, quando as consequências decorrentes de tal fator ultrapassarem o campo da *álea* normal dos contratos aleatórios – campo este que comporta todos os riscos previsíveis e corresponde à *álea* anormal dos comutativos – e ingressar ao campo da *álea* anormal ou extracontratual dos aleatórios,

proporcionando uma alteração significativa na proporção dos riscos estabelecidos inicialmente, poderão as partes revisar o contrato afetado. Tal conclusão no sentido da possibilidade de revisão dos contratos aleatórios por evento superveniente à celebração serve tanto à luz da Teoria da Imprevisão, concebida a partir da *Lei Falliot* editada pela França em 1917, quanto à luz da Teoria da Onerosidade Excessiva, concebida no Código Civil Italiano de 1942, que é considerada pela doutrina como a última versão da primeira teoria.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. 328 p.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil (Arts. 472 a 480): da extinção do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6, tomo 2. 1.058 p.

ARAÚJO, Samuel Luiz. A natureza jurídica dos contratos de compra e venda de *commodities* e sua interpretação jurisprudencial no Brasil: Contratos de safras futuras, prestação de dar coisa incerta, prestações de dar coisa certa; contratos de preço certo e variável. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 407, p. 253-274, jan. /fev. 2010.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 414-415.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: curso de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 190 p.

BECKER, Anelise. **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. 202 p.

BORGES, Nelson. A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 89, v. 782, p. 78-89, dez/2000.

_____. A integração da teoria da imprevisão ao direito brasileiro: análise dos arts. 477, 478 e 479 do anteprojeto 634/75 do novo Código Civil. **Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, v. 154, p. 25-36, 1990.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. 328 p.

BRASIL, Presidência da República, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____, Presidência da República, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 23 mar. 2014.

_____, Presidência da República, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

_____. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70031798259, Relator Des. Jorge Maraschin dos Santos, Primeira Câmara Cível, julgado em 27/10/2010, DJe 24/11/2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 849228/GO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/08/2010 e DJe 12/08/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586458/DF, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 06/12/2005 e DJ 20/03/2006, p. 279. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1155200/DF, Relator Ministro Massami Uyeda, Relatora para lavrar o Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/02/2011 e DJe 02/03/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BUSARELLO, Raulino. **Máximas Latinas: para o seu dia-a-dia**. Florianópolis: Autor, 1998. 400 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3. 487 p.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Revisão judicial dos contratos como instrumento de equilíbrio econômico contratual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, nº 73, p. 125-138, set. /out. 2011.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 391 p.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 523 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1. 559 p.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. 725 p.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 5, tomo 2. 862 p.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **A Revisão Judicial dos Contratos no Novo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006. 165 p.

LÔBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. 462 p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1.433 p.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, tomo 1. 798 p.

_____. Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé objetiva (Parecer). **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 55, p. 321-381, 2012.

MIRANDA, Custódio de Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. 459 p.

MONTEIRO, Washington de Barros et al. **Curso de Direito Civil 5**: direito das obrigações, 2ª parte. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 641 p.

MORAES, Renato José de. **Cláusula “Rebus sic Stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. 300 p.

PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*. Bruxelas: Emile Bruylant, 1942, v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3. 570 p.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: a autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 309 p.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**: contratos. 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3. 432 p.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 3.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 176 p.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. As causas de revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 11, p. 145-164, 1996.

_____. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 165 p.

_____. Revisão de Contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 378-400.

_____. **Reciprocidade e Contrato**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 172 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2013, v. 3. 656 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1999. 214 p.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (Colab.). Código Civil. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 1.376 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2. 577 p.

WALD, Arnaldo. Revisão de valores no contrato: A correção monetária, a teoria da imprevisão e o direito adquirido. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 647, p. 23-34, 1989.

_____. **Direito Civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 394 p.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. nº 40, p. 27-47, jan.-fev./2011.