

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

Guilherme Seibert

**A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E O CONTRATO
DE EMPREITADA**

**Porto Alegre
2013**

GUILHERME SEIBERT

**A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E O CONTRATO
DE EMPREITADA**

**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 obtenção do grau de
Bacharel.**

**Orientador: Prof. Dr. Luis Renato
Ferreira da Silva**

**Porto Alegre
2013**

GUILHERME SEIBERT

**A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E O CONTRATO
DE EMPREITADA**

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 obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado em 16 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador

Professor Doutor Fabiano Menke

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody

AGRADECIMENTOS

Ao final de um curso de graduação tem-se muito a agradecer a muitas pessoas especiais e, assim, nominar algumas é correr o risco da injustiça com outras. De qualquer forma, algumas menções, de tão necessárias, sobrepujam o medo de se cometerem injustiças. Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais pelo amor e dedicação incondicionais, pelo exemplo de retidão moral e pelos valores que sedimentaram a base de valorização do estudo, do trabalho e das pessoas. Ao meu pai, Guenther, em particular, por ser herói humano, modelo de homem e de pai a sempre guiar os meus passos. À minha mãe, Eliane, pelo amor e dedicação silenciosa e abnegada que, sem a vaidade de estar no primeiro plano, permite com que tudo se faça possível. Ao Leonardo, meu irmão, agradeço sobretudo por me mostrar o colorido do mundo que existe fora das janelas dos escritórios, traduzindo a realidade quadrada dos livros em contornos mais vivos. À Silvana, minha querida irmã, pela delicadeza de quem, distante na idade e no convívio, tem a proximidade do amor, do carinho e dos valores compartilhados. Aos demais familiares, agradeço pelo apoio e, principalmente, pela compreensão pela ausência. Dentre todos, agradeço em especial à minha avó Alice, vibrante com cada conquista, aflita com cada desafio, rezando e desejando sorte àquilo que não depende de nós por todo o caminho. À minha tia Denise, da mesma forma, por estar sempre lá, como segunda mãe, me acolhendo na minha segunda casa.

Aos amigos e colegas, agradeço pela cumplicidade da construção conjunta de vidas e carreiras. Aos amigos de Santa Cruz do Sul, Bruno Leal, Maurício Arend, Luis Henrique Klafke, Everton Zart, Douglas Hermes, Silas Reznicek, Rafael Pessoa, Gabriel Schirrmann (*in memoriam*) entre outros, por estarem ao meu lado desde o começo, tanto na minha partida como no meu retorno ao Rio Grande do Sul, compartilhando o crescimento, as angústias, as perdas e as vitórias. Aos amigos de Porto Alegre, pela acolhida física e intelectual nessa cidade que se tornou meu lar. Em particular aos amigos da Faculdade de Direito da UFRGS, pelas discussões, inquietações, lutas, confraternizações, enfim, por toda uma graduação muito mais voltada à busca da pergunta correta do que propriamente da resposta dura e imutável. A formação (não meramente acadêmica) que pude ter na Faculdade em grande medida se deve a vocês que me permitiram enxergar o direito sem nunca perder a realidade como pano de fundo. Dentre todos, agradeço em especial ao Rafael Xavier, Francisco Pretto, Maurício Licks, Fernanda Bonotto, André Gomes, Morgan Adami, Daniela Gonsalves, Dóris Kümmel, Pedro Moreira, Elis Barbieri, Fernando Rios, Giacomo Grezzana, Marcelo Leite e tantos outros que me acompanharam nessa jornada.

Aos mestres de verdade, poucos em número e incomensuráveis em importância, pelo exemplo que inspira e molda toda minha formação. Em especial, agradeço ao meu orientador, professor Luis Renato Ferreira da Silva, pela orientação de mestre que, dando os limites ao desenvolvimento do aluno, impulsiona a mim e a tantos outros para a reflexão e desenvolvimento individual. Agradeço ainda à professora Judith Martins-Costa, pela inspiração constante de jurista, pensadora e professora que acolhe os seus alunos (os de ontem, os de hoje, os de sempre) com o carinho de quem volta seu amor ao Direito e às pessoas que constroem o Direito.

Aos amigos e colegas de escritório, pelo compartilhamento do dia a dia, pelo aprendizado do Direito vivido na concreta realidade que se tenta apreender na abstração da academia, pela paulatina compreensão do ofício de advogado e pela convivência de quem suporta as vicissitudes de uma vida de estudante e profissional em construção. Em especial, ao Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, chefe e amigo, pela discussão sempre profícua e pela atenção dispensada ao estagiário que, aos poucos, se faz colega. Agradeço ainda ao Vinicius Berni, Filipe Nasi, Bianca Brun, Bernardo Borella, Fernando Sanguiné, Pedro Deos, bem como todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão dessa etapa.

RESUMO

O presente trabalho trata da alteração superveniente das circunstâncias e o seu impacto sobre a relação contratual, em especial, no âmbito do contrato de empreitada. Na primeira parte, traça-se perfil histórico do tema, marcando-se a oscilação entre a rigidez do princípio *pacta sunt servanda*, cerne da própria ideia de contrato como elemento estabilizador de relações econômicas, e o extremo oposto, qual seja a possibilidade de alteração ou extinção do pacto em face da alteração das circunstâncias que deram ensejo à contratação (cláusula *rebus sic stantibus*). Na primeira seção, apresenta-se o tema da cláusula *rebus sic stantibus* com as três principais teorias que dela exsurgiram. Na segunda seção, demonstra-se a recepção da teoria da excessiva onerosidade superveniente no âmbito do Código Civil de 2002. Na segunda parte, passa-se a examinar o tema sob a perspectiva do contrato de empreitada. Em um primeiro momento, define-se o âmbito normativo do tipo contratual da empreitada (contrato de obra), ainda objeto de controvérsia na doutrina brasileira. Em um segundo momento, analisam-se as regras específicas do Código Civil para este tipo contratual. Em especial, enfoca-se aquelas que tratam da relação entre empreitada e eventuais alterações supervenientes das circunstâncias. Por fim, demonstra-se a possibilidade de aplicação das regras gerais do Código Civil que consagram a teoria da excessiva onerosidade superveniente (tanto aquelas de revisão como as de resolução) aos contratos de empreitada.

Palavras-chave: Alteração das circunstâncias. Excessiva onerosidade. Revisão. Resolução. Empreitada.

ABSTRACT

The present essay deals with the subsequent change of circumstances and its impact on the contractual relationship, in particular, under the construction contract. In the first part, we draw historical profile of the issue by checking the oscillation between the rigidity of the principle *pacta sunt servanda*, core of the very idea of contract as a stabilizing element of economic relations, and the opposite extreme, namely the possibility of alteration or termination of the agreement in the face of changing circumstances that underlie the formation of the contract (*rebus sic stantibus* clause) . In the first section, we present the theme of *rebus sic stantibus* with three main theories that outcome from it. In the second section, the reception of the theory of supervening excessive burden under the Civil Code of 2002 is presented. The second part examines the issue from the perspective of the construction contract. At first, it sets the legal framework of the contractual nature of the construction contract, still the subject of controversy in the brazilian doctrine. In a second step, the specific rules of the Civil Code for this type of contract are analyzed. In particular, the rules dealing with the relationship between construction and any subsequent changes in circumstances are focused. Finally, it demonstrates the possibility of application of the general rules of the Civil Code which establish the theory of supervening excessive burden (both those of the review as resolution) for construction contracts.

Keywords: Changing circumstances. Excessive burden. Revision. Resolution. Construction contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS.....	12
1.1. O DESENVOLVIMENTO DA DOCTRINA DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> : PRINCIPAIS TEORIAS	12
1.2. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS - ARTIGOS 317 E 478 A 480.....	24
2. O CONTRATO DE EMPREITADA E A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS.....	37
2.1. O CONTRATO DE EMPREITADA - CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	37
2.2. ALOCAÇÃO DE RISCOS E A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS.....	49
CONCLUSÕES.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O contrato é negócio jurídico bilateral e, assim, expressão da autonomia privada¹, isto é, do regramento dos indivíduos de suas próprias relações dentro do espaço legado pelo ordenamento². Nesta condição, cristaliza-se como ato de previsão no momento de sua formação. É neste momento que as partes escolhem (i) efetivamente contratar; (ii) com quem contratar; (iii) as cláusulas contratuais (ainda, dentro desta categoria, poder-se-ia inserir a escolha do tipo contratual mais adequado à operação econômica idealizada; as obrigações assumidas por cada uma das partes; quais os riscos que a cada qual cabe; as consequências jurídicas do eventual descumprimento das obrigações fixadas; possíveis métodos de resolução dos conflitos existentes; etc³). Em suma, é quando da formação do contrato que os contratantes estabelecem as normas autônomas que, ao lado daquelas heterônomas (imperativas e decorrentes da ordem jurídica) vão coordenar a sua relação. Em que pese seja na execução (na "vida") do contrato que estas disposições passem a criar sentido a partir dos comportamentos adotados e das interpretações dadas, toda esta atividade posterior encontra suas balizas nos limites originalmente estipulados⁴. Em outras palavras, a interpretação não se

¹ Em que pese ainda trazendo a definição centrada no conceito de autonomia da vontade (e não autonomia privada como ora concebido), COUTO E SILVA empresta importante definição: "Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se , e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade." COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 24. Para um desenvolvimento histórico do conceito, vide FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7 e ss.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsóí, 1970, tomo III, p. 209 e ss; Em uma concepção estrutural do negócio jurídico: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002; ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 73;

³ Classificação trazida de FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 23. Cabe ressaltar ainda que inexistente liberdade absoluta em todos estes elementos e em todas as relações, como bem pontua COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, p. 26 e ss.

⁴ Neste ponto, é tradicional a discussão que coloca o objeto da interpretação entre a vontade (interna) e a declaração, surgindo, ainda teorias que tentam deslocar da vontade o ato interpretativo. Por ora, não se aprofundará essa discussão, visto que não se trata de tema deste trabalho, contudo cabe mencionar que o Código Civil brasileiro dispôs em seu artigo 112 a prevalência da intenção consubstanciada nas palavras sobre o sentido literal da linguagem. De qualquer forma, embora ambas teorias encarem o texto contratual de forma distinta, resta ele como ponto de partida, seja para investigar sua congruência com a vontade interna, seja como declaração textualizada.

exaure no texto, mas, pelo menos, tem este como seu ponto de partida do regramento estabelecido pelas partes.

Como todo ato de previsão, no entanto, a conformação do contrato encontra seus limites nas características pessoais (subjctivas) dos contraentes (o que *aqueles* contratantes poderiam prever), bem como em circunstâncias que lhe são alheias (objetivas e que, portanto, seriam imprevisíveis a qualquer pessoa naquela circunstância)⁵. Cria-se assim um espectro de eventos que vai desde aqueles (i) previsíveis (podendo-se dividir ainda este grupo entre os eventos efetivamente previstos e aqueles apenas abstratamente previsíveis) aos eventos (ii) imprevisíveis. Dentro desta contingência, as partes consomem sua manifestação de autonomia, isto é, exercem a atividade negocial acima descrita culminando na celebração do pacto⁶. O tempo, entretanto, é elemento essencial de toda relação fática e, nessa condição, inexoravelmente modifica o quadro fixado no contrato. Isto é, se se pode pensar o contrato como uma fotografia tirada no momento da formação, o tempo desenvolve-se como um filme que apenas parte daquela imagem inicial. Assim sendo, quanto mais longo o filme, *i.e.*, quanto maior a distância entre o momento da formação do contrato e aquele da execução da prestação (até o adimplemento), maior a probabilidade de distanciamento entre o regramento inicial e a realidade analisada⁷. Esse distanciamento pode se dar por alterações paulatinas ou, ainda, pela ocorrência de um evento abrupto tido anteriormente por imprevisível e que possa desestabilizar as estruturas contratuais firmadas⁸. Por outro lado, poder-se-ia pensar na ocorrência de eventos que, embora

⁵ "Conquanto todo contrato seja, por definição, um elemento de segurança – pois é uma técnica jurídica de fixação, hoje, do que será no futuro – a prática passou a visualizar um certo grau de vagueza em algumas disposições contratuais como característica imprescindível, com vistas a incutir nos contratos válvulas de escape ou canais de abertura às variações provocadas pelo transcurso do tempo e pelas mudanças que daí derivam." MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *In: Revista de Arbitragem*. Belo Horizonte: ano I, n. 2, jul./dez, p. 67.

⁶ Ainda que tratando de tema distinto (à ocasião, ao discorrer acerca das alterações legislativas e a proteção da confiança), nesta questão faz-se referência à relação entre o exercício de direitos fundamentais - nesse caso, a liberdade de contratar - e sua consumação em determinado momento (tempo) esboçada em ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 410 e ss.

⁷ Conforme COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, p. 43.

⁸ "O tempo está no cerne de todo e qualquer contrato, mas tem um peso particular nos contratos duradouros em que, nem sequer como ilusão, a fixidez se pode manter. [...] Entre seus traços peculiares está a suscetibilidade ao risco do desequilíbrio econômico motivado pelos mais diversos fatores: financeiros, climáticos, estratégicos, ecológicos, fiscais, políticos, e, inclusive, o risco do inadimplemento de outros contratos, especialmente quando integram cadeias contratuais complexas em que o inadimplemento de um contrato tem reflexo direto sobre os demais." MARTINS-COSTA, Judith. A

previsíveis, viessem a frustrar os objetivos comuns das partes quando da celebração do contrato. Surge, portanto a questão de se saber como lidar com a alteração superveniente das circunstâncias, que possam vir a impactar na estrutura comutativa originalmente estabelecida pelas partes.

Basicamente, podem-se vislumbrar três soluções possíveis a esta situação: (i) a manutenção do contrato na sua formatação original; (ii) a revisão do contrato para adaptá-lo à nova realidade; ou (iii) a extinção do pacto⁹. Ao longo dos séculos, doutrina e jurisprudência debruçaram-se sobre o tema, construindo mecanismos aptos a operacionalizarem cada uma das opções. De acordo com a tradição de cada ordenamento, bem como em correspondência com os momentos históricos respectivos, a tônica na solução a esta questão foi sendo deslocada para apresentar resposta mais adequada ao momento cultural, econômico e jurídico vivido. Nesse contexto, na primeira parte do presente trabalho, tratar-se-á das teorias que se debruçaram sobre o tema da superveniência de circunstâncias modificadoras e a alteração da realidade contratual, traçando brevemente suas vicissitudes. Parte-se da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* como tronco comum do qual viu-se apartarem as teorias da imprevisão, da excessiva onerosidade superveniente e da quebra da base do negócio jurídico. Em seguida, traça-se o perfil da disciplina legal estatuída no Código Civil de 2002, o qual em seus artigos 317 e 478 a 480 tratou do tema de forma a reger os impactos advindos da alteração superveniente das circunstâncias. Explicita-se, assim, o suporte fático destas regras, seus requisitos e suas consequências.

Na segunda parte, passa-se a abordar tipo contratual em que a lei, desde antes do Código Civil de 1916, já disciplinava de forma específica a relação entre circunstâncias supervenientes e regramento contratual¹⁰. Trata-se especificamente do contrato de empreitada. Neste sentido, primeiramente busca-se definir o tipo contratual, suas características e principais diferenciações de tipos normativos similares. Como se verá, o contrato de empreitada possui conceituação controversa no direito brasileiro. A doutrina, ainda que de forma velada, divide-se flagrantemente quanto o escopo normativo do tipo contratual em tela. Desse modo, a primeira parte do segundo capítulo

cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*, n. 25, Ano 7, abr.-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

⁹ Conforme FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e extinção das obrigações: comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161-162.

¹⁰ Como se verá, já no Esboço, Teixeira de Freitas dava à empreitada tratamento restritivo quanto às alterações supervenientes na estrutura contratual.

destina-se a desvelar qual o espaço que lhe é próprio, para que se possa saber a quais relações contratuais concretas corresponde a incidência das regras abstratas estudadas na segunda parte do segundo capítulo. Nesta, por sua vez, estuda-se o regramento constante dos artigos 619 a 621 e 625 do Código Civil de 2002, suas origens, estrutura, suporte fático, consequência jurídica e âmbito normativo. Como será visto, neste tipo contratual o tempo é elemento fundamental para o adimplemento, uma vez que pela própria natureza da operação econômica que juridiciza, protraí-se por período mais alargado. Assim, verifica-se como o regramento pelo menos aparentemente mais restritivo historicamente constante do direito brasileiro relaciona-se com uma realidade legal, doutrinária e jurisprudencial absolutamente diversa daquela em que pela primeira vez foi inserido. Cumpre examinar, portanto, como convivem as normas gerais constantes das obrigações em geral no Código Civil com aquelas da parte especial relativas ao contrato de empreitada. Há que se saber, por fim, se há ou não a incidência do direito de resolução por excessiva onerosidade superveniente no âmbito dos contratos de empreitada ou mesmo a possibilidade de revisão da prestação que se altera ao longo do tempo do contrato.

Por fim, nas conclusões, conectam-se os resultados da primeira e segunda parte do presente trabalho para, por derradeiro, verificar-se qual a relação existente entre as normas legais em jogo. Isto é, para que se possa orientar o intérprete e o aplicador do direito em sua atividade, cumpre que seja resolvido o conflito de normas (real ou aparente), mostrando-se os critérios pelos quais encontra-se a norma aplicável ao caso.

CAPÍTULO I - A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS

1.1. O DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: PRINCIPAIS TEORIAS

Para se tratar dos efeitos que o tempo deita sobre os contratos, há que se explicitar desde logo quais as relações travadas entre estes dois elementos: tempo e contrato. Apesar de algumas distinções pontuais, pode-se dizer que, neste tocante, a classificação tradicional é delineada com vistas ao modo de sua execução. Fala-se assim, em geral, em (i) contratos instantâneos, cuja "solução se efetua de uma só vez e por prestação única"¹¹, dentro dos quais estariam aqueles de execução instantânea e imediata e os contratos de execução diferida ou retardada, na qual a prestação de uma das partes se dá "a termo"¹²; e (ii) contratos de execução sucessiva (ou de trato sucessivo) ou execução continuada, em que o contrato persiste, a despeito da ocorrência de soluções periódicas e, assim, "os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce"¹³. Para alguns autores, como ORLANDO GOMES, nesta última categoria estariam os contratos de duração¹⁴, isto é, contratos cuja execução se estende no tempo, seja mediante a realização de prestações repetidas (contratos de trato sucessivo - ex.: contrato de distribuição de combustível), seja pela prestação ininterrupta (contratos de execução continuada - ex. contrato de fornecimento de energia elétrica). Por sua própria natureza, nos contratos de duração "a execução não pode cumprir-se num só instante"¹⁵. O texto do artigo 478 do Código Civil acolheu esta classificação tradicional, limitando o escopo de incidência do direito de resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente aos contratos de execução continuada ou diferida. Como o impacto do tempo pode se dar em todos os contratos no qual este é elemento relevante à relação jurídica, há que se problematizar esta classificação.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 60; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 93.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 60.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁴ GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 94.

¹⁵ GOMES, Orlando, *Op. cit.*, p. 94.

A classificação aqui reputada como tradicional vem sendo objeto de diversas críticas principalmente ao longo do século XX¹⁶. A doutrina europeia vem apontando a insuficiência do critério da execução para explicar o fenômeno dos contratos de duração e todas suas vicissitudes, uma vez que a própria expressão "contratos de duração" não traz em si qual a relevância reconhecida à própria duração na relação contratual¹⁷. A crítica debate-se principalmente em verificar o que realmente define o contrato de duração, isto é, em que sentido o elemento tempo deixa de ser acessório e passa a se tornar nota individualizadora da própria relação¹⁸. Desse modo, nem todo contrato cuja execução se prolonga no tempo é necessariamente compreendido como contrato de duração¹⁹. Desloca-se o critério distintivo: da mera execução protraída no tempo para a relação entre a satisfação dos interesses abarcados pela relação obrigacional (adimplemento)²⁰ e tempo. Evocando a construção feita na Itália por GIORGIO OPPO, JUDITH MARTINS-COSTA e GUILHERME NITSCHKE esclarecem: "O critério classificatório não repousa na gênese obrigacional, nem na mera extensão temporal do contrato, mas no modo pelo qual tempo e adimplemento se imbricam"²¹.

Passa-se, assim, a distinguir entre contratos (i) de adimplemento pontual; (ii) de adimplemento preparado; e (iii) de adimplemento permanente²². Nos primeiros (i), o tempo é apenas elemento acessório da relação, ou seja, pode existir ou não. O adimplemento (a satisfação dos interesses do credor) se dá em momento único pré-

¹⁶ Na Itália, por todos vide: OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di diritto commerciale*. Milano: Vallardi, 1943. Na Alemanha, ver: GIERKE, Otto von. Dauernde Schuldverhältnisse. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. Bd. 64, p. 355-411; KRÜCKMANN, Paul. Einige Bemerkungen zu den "dauernden Schuldverhältnissen". *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 66, p. 1-17.

¹⁷ OPPO, Giorgio. *Op. cit.*, p. 146. Ressalte-se desde logo que a tônica é colocada na relação de duração e não no próprio contrato como ato de gênese da relação. O que dura e, assim sofre os influxos do tempo, é a relação criada pelo contrato e não este que é apenas gerador de uma relação duradoura (p. 148).

¹⁸ OPPO, Giorgio. *Op. cit.*, p. 148.

¹⁹ "Non ogni contratto però la cui esecuzione si prolunghi nel tempo è senz'altro compreso nel concetto di contratto di durata. [...] Non sono in genere ritenuti contratti di durata i contratti ad esecuzione semplicemente differita o ripartita, e così la vendita a consegna ripartite e la vendita a rate." OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di diritto commerciale*. Milano: Vallardi, 1943, p. 147-148.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. In: *Revista de Arbitragem*. Belo Horizonte: ano I, n. 2, jul./dez., 2012, p. 80 e ss.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 80.

²² Embora a classificação esteja na obra de Giorgio Oppo, a terminologia aqui adotada é traçada por NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Arbitragem e revisão contratual: entre autonomia e heteronomia*. 2011. Dissertação de mestrado - UFRGS, p. 42 e ss; e MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Op. cit.*

determinado, seja ele futuro ou presente²³. Como exemplo poder-se-ia citar uma simples compra-e-venda. O adimplemento (a satisfação dos interesses abarcados pela relação obrigacional que libera devedor e credor do vínculo), neste caso, é único, ocorra ele imediatamente ou no termo final do pagamento da última parcela (sucessivas prestações)²⁴. Em suma, o adimplemento é um só e pontual: de um lado, paga o preço, de outro, recebe o bem. No segundo caso (ii), trata-se de contratos que trazem uma atividade continuativa direta do devedor para permitir a execução de uma única prestação final em um certo termo²⁵. Neste caso, o tempo não é mero termo como na situação anterior em que a prestação pontualmente se exaure, mas necessidade intrínseca à atividade final, preparada por atos anteriores. Em correlação com a classificação tradicional apontada, em que pese a execução seja continuada, o adimplemento é instantâneo (pontual). É o caso do contrato de empreitada, o qual na classificação tradicional ficaria em posição intermediária entre os contratos de execução diferida e aqueles de execução continuada. O adimplemento é um só (no momento da entrega da obra), o que enfraquece a "continuidade" da execução, isto é, não se trata de prestação que se repete periodicamente (trato sucessivo) ou de prestação ininterrupta (execução continuada). Por outro lado, ainda que as partes quisessem, ainda que ambas tivessem todos os recursos pessoais e financeiros, não seria possível executar o contrato de forma instantânea, o que o distancia em absoluto de, por exemplo, uma compra e venda a termo. Em suma, o "contrato, então, não é duradouro – no sentido propriamente técnico desta expressão – porque o *adimplemento* não é duradouro"²⁶. Entretanto, na classificação ora trazida, centrada na relação entre tempo e adimplemento, ele se coloca em posição intermediária entre os contratos em que o adimplemento é pontual (em uma compra e venda) e aqueles em que o adimplemento é repetido ou continuado (ininterrupto). Por fim, como se antecipou, o terceiro caso (iii) é aquele em que efetivamente a doutrina entende existirem contratos de duração. Nestes contratos, não há uma sequência de atos destinada a um adimplemento final como naqueles anteriormente elencados, mas um interesse na permanência do vínculo. Isto é, a finalidade do próprio contrato é seu adimplemento contínuo ou reiterado. Assim, em

²³ OPPO, Giorgio. *Op. cit.*, p. 149.

²⁴ Essencial aqui é a distinção sutil entre adimplemento como realização do fim da obrigação (satisfação dos interesses abarcados pela relação obrigacional) e prestação como o ato de satisfazer (dar, fazer ou não fazer). Vide: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Op. Cit.*

²⁵ OPPO, Giorgio. *Op. cit.*, p. 155.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Op. Cit.*, p. 80.

que pese haja adimplemento (e não apenas prestação) sucessivo ou ininterrupto, o vínculo não se dissolve, visto que a duração é essencial ao negócio²⁷.

No que importa ao presente trabalho, os contratos de empreitada são contratos de adimplemento preparado e, assim, ainda que não sejam contratos de duração no sentido próprio acima delineado, o decurso do tempo e alteração das circunstâncias subjacentes ao contrato podem trazer importantes consequências ao seu adimplemento. É precisamente neste contexto que se imbricam o princípio *pacta sunt servanda*, erigido como eixo da atividade contratual, e as teorias que decorreram do estudo da cláusula *rebus sic stantibus*, como forma de adequar a realidade jurídica às mudanças fáticas supervenientes.

Os contratos, assim como o feixe de obrigações que abrigam, nascem para serem cumpridos²⁸. Desse modo, é ínsito ao próprio conceito de contrato o princípio contratual do *pacta sunt servanda*²⁹. Ao empenharem sua palavra para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas³⁰, as partes vinculam-se juridicamente a cumpri-lo, obrigando-se, ademais, a fazê-lo exatamente nos termos avençados³¹. Quer-se dizer, com isso, que, como fruto da autonomia privada, o contrato é resultado da liberdade das partes de contratar, aliada à responsabilidade que a elas acede como sua contrapartida³². Sobre o tema, resume precisamente LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA:

"[a] regra que concede "santidade" aos contratos é decorrência da segurança jurídica que se demanda para o pacífico convívio social. Não por outra razão é tão exaltado no campo do direito internacional. Aperfeiçoado o contrato, fruto que é do agir livre das partes, estas não podem mais contra ele se rebelar, exceto se algum vício macule a vontade. Aquele que é livre não

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 80-81.

²⁸ Conforme Clóvis do Couto e Silva: "O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade." COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, p.17.

²⁹ Neste sentido: FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 163. Cabe também assinalar que, no ordenamento brasileiro, imbricam-se com o princípio do efeito vinculante dos contratos, diversos outros princípios como o da função social dos contratos (art. 421, CC), boa-fé (art. 422), probidade (art. 422), além dos tradicionais da ordem pública e dos bons costumes.

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo III, p. 209.

³¹ Sobre os princípios regentes do adimplemento, entre os quais o princípio da pontualidade e o da exatidão, vide: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 128-137.

³² No sentido do binômio kantiano de liberdade-responsabilidade, conforme referido em FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 11.

pode, ao espontaneamente submeter-se a um pacto, deixar de respeitá-lo absolutamente"³³.

Assim, os contratos desenvolvem-se como instrumentos de estabilização das relações e, nesta condição, servem de base para pautar a atuação dos privados em relação à sua contraparte. No momento em que o pacto ingressa no mundo jurídico, criados os efeitos dele decorrentes, as partes encontram-se ligadas por elo não mais apenas fático, mas revestido do manto da juridicidade. Assim, descumprir o que fora estatuído no contrato significa atrair para si as consequências fixadas tanto em lei como no próprio instrumento³⁴. Em suma, as partes vinculam-se a cumprir o que fora pactuado, bem como a fazê-lo exatamente da maneira prometida. Mais do que meras promessas morais recíprocas, quando revestidos os requisitos legais, esta relação ingressa no mundo jurídico atraindo para si a força coercitiva do ordenamento e vinculando os sujeitos envolvidos a respeitá-la.

Por outro lado, poder-se-ia pensar (apenas) em termos didático-expositivos, no sentido diametralmente oposto. Isto é, se por um lado a total lealdade à promessa originalmente formulada permite a segurança essencial ao tráfego negocial, por outro, ela traz consigo uma grande rigidez incapaz de dar conta da dinâmica das relações sociais e comerciais que tenta normatizar. Assim, na tentativa de escapar dos efeitos perniciosos da excessiva rigidez que a imutabilidade total dos pactos em sua formatação original poderia trazer, poder-se-ia cogitar de "pactos" constantemente revisáveis. Ora, um contrato passível de alteração a qualquer momento, um acordo cujos termos pudessem ser a qualquer momento modificados, não se prestaria minimamente à função de reger a relação inter-partes, não emprestando qualquer estabilidade à relação jurídica travada. Pensar em relação desta natureza, implicaria mesmo na ausência de acordo, vez que nenhuma das partes poderia sequer confiar minimamente que o que fora originalmente pactuado seria cumprido. Como bem pontua JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, "[f]osse possível alterar, a qualquer momento e por qualquer razão, o conteúdo contratual, a idéia mesma de contrato perderia seu sentido"³⁵. Muito mais do

³³ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 24.

³⁴ "Os atos emanados da autonomia da vontade, portanto, são absolutamente vinculantes entre as partes e, quando estas divergirem perante o julgador do litígio, este terá, como regra a ser aplicada no caso concreto, o que as partes determinaram autonomamente." FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 25.

³⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 163.

que uma proposta doutrinária, esta reflexão serve apenas para marcar desde logo que a revisão ou resolução posterior do contrato por alteração superveniente das circunstâncias (fáticas ou jurídicas) subjacentes deve ser sempre vista como situação excepcional, tendo-se como regra geral a manutenção da contratação em seus termos originais³⁶. Levanta-se essa hipótese meramente, pois, atualmente, verifica-se momento em que a doutrina assinala a "super-revisibilidade" dos contratos, com pouca (ou quase nenhuma) consideração à força do princípio da vinculatividade dos pactos³⁷. Da total rigidez contratual que "sacrifica" algumas questões de justiça material concretas salta-se ao extremo oposto, qual seja o de uma aparente "justiça material" casuística perene, que ceifa qualquer possibilidade de segurança na manutenção da palavra dada³⁸.

Há que se pensar, contudo, que entre os extremos da absoluta imutabilidade dos termos contratuais originalmente fixados e da total revisibilidade dos contratos, interpõem-se um sem-número de situações pontuais em que a mudança das circunstâncias supervenientes impactam nas relações alterando a estrutura comutativa estabelecida pelas partes, nas quais a exceção da alteração dos termos contratuais ou a mesmo sua extinção são imperiosas. Em verdade, essas situações retratam casos em que para além de mera alteração normal da relação travada, tem-se mudança substancial que desvirtua (desnatura) a contratação feita pelas partes, desequilibrando o regulamento que fora erigido como apto a ordenar a sua interação. Obrigar as partes a se manterem fiéis às declarações emanadas no passado significa apenas parcial respeito à vontade, uma vez que a relação contratual desenvolve-se em larga medida na execução do contrato, alterando-se substancialmente com o passar do tempo³⁹.

A técnica jurídica ocupa-se desde muito com os temas da justiça e manutenção do equilíbrio contratual. Desde as obras de Cícero e Sêneca, encontram-se referência ao tema do impacto da mudança imprevista da situação de fato sobre as relações, em um período em que a promessa ainda não era reconhecida em si e por si como idônea fonte

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 162.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 162.

³⁸ Aqui não serão explorados os inúmeros problemas que surgem desta justiça contratual concreta caso a caso, uma vez que demandariam longa análise filosófica não acobertada pelo escopo do presente.

³⁹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 24.

de obrigações jurídicas⁴⁰. As fontes romanas, contudo, pela ausência da ideia de sistematicidade da época, não conheceram o tema como princípio geral⁴¹. O assunto da cláusula *rebus sic stantibus* teve suas bases assentadas por São Tomás de Aquino sob a ótica filosófica de sua obra⁴², sendo efetivamente estruturado na dogmática jurídica entre os séculos XIV e XVI. Em uma brevíssima suma, pode-se dizer que tiveram influência determinante na formação e desenvolvimento da cláusula as fontes canônicas, as quais, por sua vez, partiram do aporte imediato da doutrina de São Tomás⁴³. Segundo define LAURA CORADINI FRANTZ, "[e]m sua conotação mais geral, a cláusula *rebus sic stantibus* traduz a necessidade, para a subsistência de uma relação contratual, de persistirem as circunstâncias existentes no momento da conclusão do contrato, devidamente pressupostas, cuja alteração não era acessível à percepção das partes contratantes"⁴⁴. Em suma, o contrato se mantém enquanto se mantiverem as circunstâncias fáticas que deram ensejo àquela contratação. Contudo, como não poderia ser diferente, essa teorização excessivamente genérica deu azo às aplicações mais variadas e heterogêneas⁴⁵. Em um primeiro momento, portanto sem uma definição clara de critérios de aplicação (suportes fáticos) e mesmo das consequências daí decorrentes, a aplicação da cláusula emparelhava casos mais distintos sob o mesmo guarda-chuva genérico da alteração superveniente das circunstâncias, ou seja, tratava indistintamente da interpretação restritiva da vontade expressa em termos mais gerais, do desaparecimento da causa do contrato, da resolução de contrato bilateral por inadimplemento de uma parte até o caso em que a mudança imprevista das circunstâncias de fato viesse a agravar a posição de um dos contraentes⁴⁶. Desse modo, a partir da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, e tendo como pano de fundo a combinação entre tempo (diferentes momentos históricos) e espaço (diferentes países e

⁴⁰ OSTI, Giuseppe. Clausola "rebus sic stantibus". In: *Novissimo Digesto Italiano*. 3 ed. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1964, v. 3, p. 353.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 354.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 354.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 354.

⁴⁴ FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

⁴⁵ OSTI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 355.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 355.

tradições jurídicas) surgiram teorias para lidar com a possibilidade de revisão/resolução dos contratos por conta da modificação superveniente das circunstâncias contratuais⁴⁷.

Na França, a tradição que deu origem ao Código Civil e mesmo a que a este se seguiu, permaneceu bastante vinculada à ideia do *pacta sunt servanda*⁴⁸. Inspirada pela filosofia individualista e voluntarista da Revolução, a doutrina orientava-se à defesa da intangibilidade da vontade feita contrato. Os contratantes eram livres para criar a "lei entre as partes", contudo uma vez criada, esta deveria ser incondicionalmente respeitada, podendo ser modificada ou extinta apenas mediante o consentimento mútuo ou pelas causas legais autorizadas⁴⁹. Assim, as partes eram livres para reger tudo o quanto quisessem e, se não o fizeram, era porque assim o quiseram⁵⁰. Qualquer intervenção de terceiro, ainda que de um juiz, seria intromissão inadmissível no regramento estatuído pelas partes. Desde a primeira metade do século XIX, entretanto a jurisprudência administrativa vinha admitindo a alteração dos contratos pelo impacto de circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias no âmbito dos serviços públicos aliado à essencialidade e continuidade deste mesmo serviço público⁵¹. Isto é, no âmbito do direito administrativo, uniam-se o impacto da alteração das circunstâncias às características do serviço público para se permitir a revisão contratual. A decisão mais célebre neste sentido data de 1916 e envolvia o contrato de produção e distribuição de gás celebrado pela cidade de Bordeaux com concessionária⁵². No âmbito do direito civil, todavia o marco fundamental da adoção da teoria da imprevisão se dá com a edição da Lei *Faillot* em 1918. A crise e a alteração vertiginosa nas condições econômico-sociais provocadas pela Primeira Guerra Mundial fizeram com que o legislador interviesse para permitir a resolução dos contratos cuja execução restasse prejudicada pelos impactos da guerra. Nesse sentido, em verdade, seguiu-se à lógica já

⁴⁷ Para um melhor desenvolvimento histórico do tema ver: OSTI, Giuseppe. Clausola "rebus sic stantibus". In: *Novissimo Digesto Italiano*. 3 ed. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1964, v. 3, p. 353 e ss.; FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 97 e ss; FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁸ "In Francia, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono rimaste in complesso rigidamente fedeli al principio secondo cui *pacta sunt servanda*, inteso propriamente nel senso che in virtù del contratto le parti siano vincolate dalle dichiarazioni scambiate nel concluderlo, anche se imprevedibili mutamenti delle circostanze ne facciano derivare degli effetti concretamente molto lontani da quelli che le parti stesse se ne attendevano." OSTI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 358.

⁴⁹ Esta disposição encontra-se contida no art. 1134 do Código Civil francês.

⁵⁰ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 100.

⁵¹ FRANTZ, Laura Coradini. *Op. cit.*, p. 19.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. *Op. cit.*, pp. 288-291; FRANTZ, Laura Coradini. *Op. cit.*, p. 18; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Arbitragem e revisão contratual: entre autonomia e heteronomia*. *Op. cit.*, pp. 60-61.

instituída no art. 1134 do Código Civil francês no sentido de necessidade prévia de autorização legal para que os contratos fossem revisados ou resolvidos. Desse modo, a doutrina e a jurisprudência francesas mantiveram-se, regra geral, leais à ideia de manutenção dos termos contratuais em sua forma original, permitindo a intromissão do juiz no pacto apenas quando a lei expressamente assim o permitisse.

Nesse mesmo sentido, a teoria da imprevisão segue bastante vinculada a um viés subjetivista, privilegiando aspectos diretamente vinculados à vontade dos contratantes⁵³. Assim, para que fosse possível atrair a incidência da imprevisão, fazia-se necessário que o evento causador do desequilíbrio fosse imprevisível. Partindo-se deste conceito tem-se que definir, ainda que brevemente, (i) o sujeito (imprevisível para quem?); e (ii) os limites da previsibilidade/imprevisibilidade. No que toca ao sujeito, a doutrina divide-se quanto ao critério a ser adotado. Por um lado, há quem sustente ser o parâmetro de análise aquele do contratante normal (médio), naquela situação e não da pessoa efetivamente envolvida no negócio⁵⁴. Por outro lado, parte da doutrina alinha-se à posição de que se deve considerar a pessoa concreta naquela situação para se perquirir o que seria ou não por ela previsível naquelas circunstâncias (posição marcadamente exacerbadora do voluntarismo)⁵⁵. Quanto à imprevisibilidade, trata-se da possibilidade de a ocorrência daquele evento ser cogitada pelas partes. Se o evento era previsível às partes e estas mesmo assim não o regram, entende-se que abriram mão de fazê-lo. Estando fora de seu âmbito de previsão, não poderiam estas ser instadas a sofrer as consequências de algo que era incapaz de ser previsto no momento da contratação. Ou seja, vinculada a uma ideia voluntarista e subjetivista de contrato, a tônica da teoria é posicionada na imprevisão, mais do que propriamente nas suas consequências.

⁵³ Para um apanhado das diversas teorias que posicionadas sob o nome comum de "teoria da imprevisão", vide: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 97 e ss.

⁵⁴ "Quando se fala no elemento imprevisível não se estão a considerar as condições peculiares do sujeito envolvido, mas cogita-se do comportamento provavelmente adequado." FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 110.

⁵⁵ É o que narra Laura Frantz a partir da doutrina de EL-GAMMAL, Mostapha Mohamed. *L'Adaptation du Contrat aux Circonstances Économiques*. Paris: LGDJ, 1967: "Registre-se que atualmente não mais se opera com a noção de pessoa ordinária, mas de pessoa concreta, considerada a conjuntura socioeconômica que está inserida, bem como suas características pessoais." FRANTZ, Laura Coradini. *Op. cit.*, p. 24. No mesmo sentido: ODY, Lisiane Feiten Wingert. Modificações na relação contratual no Código Civil Brasileiro de 2002: lesão e resolução por onerosidade excessiva sob análise do direito comparado. In: Grundmann; Baldus; Herzog; Lebre de Freitas; Marques. (Org.). *Rechtssystem und Juristische Person - Sistema Jurídico e Pessoa Jurídica*. 1ed. Baden-Baden. Alemanha: Nomos Verlag, 2012, p. 73.

Como uma variante da teoria da imprevisão, a Itália tomou posição pela doutrina da excessiva onerosidade superveniente, acolhida expressamente no artigo 1.467 do *Codice Civile*. Ainda muito ligada aos requisitos de imprevisibilidade e extraordinariedade do fato que vem a desequilibrar o contrato, a grande diferença para a teoria da imprevisão é a tônica de análise. Enquanto na imprevisão busca-se essencialmente a ocorrência de fato imprevisível e extraordinário que venha a atuar sobre o sinalagma contratual, na excessiva onerosidade volta-se principalmente às consequências deste fato imprevisível. Isto é, é requisito de sua incidência que da ocorrência do fato imprevisível necessariamente decorra uma excessiva onerosidade a quem deveria prestar. Assim, o art. 1.467 do *Codice* erige como requisitos à aplicação: (i) a existência de contrato de duração; (ii) a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível; (iii) colocando-se fora da álea normal do contrato; e do qual decorra (iv) uma excessiva onerosidade para uma das partes⁵⁶. Como consequência da concomitância destes requisitos, estatui o código italiano o direito de resolver o pacto desequilibrado. Como se pode ver, agrega-se ao elemento da imprevisão, o requisito da excessiva onerosidade da prestação, e, assim, "superveniência de fato novo, imprevisível, em contrato de prestação continuada ou diferida, deve agravar o cumprimento de um dos lados contratantes, com o que se estará quebrando a comutatividade que inicialmente o contrato estabelecia"⁵⁷. Para se verificar a ocorrência de uma onerosidade que se possa reputar excessiva, há que se adotar o critério da suportabilidade do dano ou do limite do sacrifício, ou seja, ainda que a prestação seja possível, a sua exigência não pode levar o devedor à ruína⁵⁸. Conforme se explorará na seção seguinte, foi esta a teoria que inspirou a codificação brasileira, fixando, no artigo 478 do Código Civil de 2002 o direito de resolução por excessiva onerosidade superveniente e, no artigo 317 do mesmo diploma, o direito de revisão pela concorrência de motivos imprevisíveis causadores de desproporção manifesta.

Na Alemanha, por sua vez, o desenvolvimento da doutrina a partir da cláusula *rebus sic stantibus* seguiu rumos distintos. Não tão atenta à superveniência de eventos propriamente imprevisíveis que viessem a impactar sobre a estrutura contratual, a

⁵⁶ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 108.

⁵⁷ *Idem, ibidem.*, p. 112.

⁵⁸ *Idem, ibidem.*, p. 112.

doutrina alemã construiu o que se denominou de teoria da base do negócio⁵⁹. Ou seja, desloca-se o foco da lente com a qual se enxerga o problema da distância entre os momentos da contratação e do adimplemento: passa-se da influência que eventual fato imprevisível (causador de excessiva onerosidade) possa ter, para se dar mais valor à quebra da base sobre a qual o contrato foi celebrado. A definição do que constitui a base do negócio jurídico, todavia perpassa duas vertentes distintas, quais sejam a base subjetiva e a base objetiva. Na teoria subjetiva, cujo precursor é comumente apontado como Oertmann⁶⁰, a base do negócio pode ser entendida como as representações tomadas por base nas considerações e decisões na conclusão do contrato. Essas representações, por sua vez, são aquelas feitas por ambas as partes ou apenas por uma, desde que conhecida (e não repelida) da outra contratante⁶¹. Nas palavras de LARENZ, pode-se entender a base subjetiva do negócio como as representações assumidas pelas partes e que as conduziram nos seus acordos⁶². É, assim, a situação de fato bilateralmente admitida⁶³. Ou seja, foca-se a construção da base do negócio a partir da perspectiva de cada um dos contratantes e da base fática por eles admitida na feitura de seu contrato. Essa visão foi altamente criticada pela doutrina, pois "apesar do prestígio que lhe deu Oertmann, não se livrou da crítica de que, através dela, se pretendia introduzir uma hipótese de anulabilidade com base no erro nos motivos"⁶⁴. Isto é, sendo o erro uma representação incorreta da realidade, se as partes fizeram representações mentais incorretas, ainda que compartilhadas, a quebra da base subjetiva reflete mero erro com relação aos motivos por ambas as partes (erro bilateral com relação aos

⁵⁹ Muito embora a doutrina aponte que o berço da teoria da quebra da base do negócio tenha sido no direito inglês. Nesse sentido FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 127 com base em MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La frustración del contrato*. Buenos Aires: Rubinza - Culzone Editores.

⁶⁰ Por todos, vide: MARTINS-COSTAS, Judith. *Comentários ao novo código civil*. *Op. cit.*, p. 293. Destaca-se ainda que a teoria da pressuposição de Windscheid teve papel essencial no trabalho dos doutrinadores que posteriormente se debruçaram sobre o tema da teoria da base, isto é, "ora aproveitando-se das idéias do pandectista, ora criticando-as, desenvolveram-se algumas outras teorias que cumprem sejam examinadas, pois com maiores ou menores variantes, é nelas que se pode haurir a configuração moderna da quebra da base do negócio jurídico (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)" FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 133.

⁶¹ Conforme narrado em LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 1980, p. 357; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XXV, p. 222.

⁶² No original: "Man kann darunter einmal die "subjektive" Grundlage des Geschäfts verstehen, nämlich die *Vorstellungen*, von denen die Geschäftsparteien bei ihren Vereinbarungen ausgegangen sind und sich beide, mindestens, wenn Mann redliche Denkweise unterstellt, haben leiten lassen." LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil*. München: Beck, 1967, p. 247.

⁶³ FRANTZ, Laura Coradini. *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 92.

motivos - "beiderseitige Irrtum über die subjektive Geschäftsgrundlage"⁶⁵), devendo assim ser tratada. Para ilustrar a questão, Larenz traz como exemplo contrato de compra e venda, no qual o preço fixado para determinado bem por ambas as partes toma por base certo curso da moeda⁶⁶. No decorrer do tempo, todavia, vê-se que o curso de valorização monetária tomada por fundamento não corresponde a perspectiva real, que traduzia valor em muito superior àquele imaginado pelas partes. Dessa forma, a representação bilateral feita pelas partes como base do negócio (base subjetiva), não encontra correspondência com a realidade, isto é, a base subjetiva do negócio jurídica desapareceu.

Para fugir do subjetivismo (aspecto excessivamente psicológico) exacerbado ligado à teoria subjetiva da quebra da base, surgiram os trabalhos no sentido da criação de uma quebra da base objetiva do negócio jurídico. Nas sempre precisas palavras de PONTES DE MIRANDA, "[t]eoria da base objetiva do negócio jurídico é teoria que só considera o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é tida como pressuposto do negócio jurídico, ainda que o não saibam os figurantes ou o figurante"⁶⁷. Ou seja, não se trata aqui das representações mentais que são feitas pelas partes na conclusão do negócio. Enquanto a base subjetiva reflete aquilo que as partes representaram e cuja desaparecimento (não correspondência com a realidade) impacta no negócio firmado⁶⁸, a base objetiva traduz as circunstâncias consideradas conscientemente (ou não) pelas partes, mas que influem decisivamente na conformação daquele tipo contratual ou da finalidade do negócio. Em suma, a base objetiva de um contrato reflete as circunstâncias, cuja existência ou permanência tornam possível que a finalidade contratual (seja como tipo - gênero - que é, seja a finalidade concreta, o fim econômico do contrato) seja atingida. A quebra da base contratual, assim, deixa o

⁶⁵ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 1980, p. 357; LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil*. München: Beck, 1967, p. 247; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XXV, p. 224.

⁶⁶ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. *Op. cit.*, p. 247.

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XXV, p. 224.

⁶⁸ Conforme Luis Renato Ferreira da Silva: "[...] a teoria da quebra da base se volta para o desaparecimento ou alteração de um elemento previsto e aceito, ainda que não tornado condição ou cláusula contratual." FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. 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. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p.397.

negócio sem sentido, finalidade ou substância⁶⁹. Esta, por sua vez, pode-se dividir em dois grandes grupos: o abalo da equivalência entre as prestações ("Äquivalenzstörung") e a frustração da finalidade ("Zweckvereitelung")⁷⁰. As consequências da quebra da base objetiva podem ser tanto a revisão quanto a resolução do contrato. No caso do abalo da equivalência entre as prestações, por exemplo, em sendo possível o reequilíbrio através da revisão, esta se mostra instrumento adequado à solução do problema. Por outro lado, nos casos de frustração da finalidade, por exemplo, se a execução do contrato mostrar-se sem razão, não há outro caminho que a própria resolução do negócio⁷¹. Neste tocante, MARIO BESSONE traz interessante caso decidido pelo Tribunal de Milão, no qual um importante jornal contrata jornalista indesejado pela diretoria pela única e declarada razão de que ele estaria em condições de obter um visto para ter acesso a país a que comumente jornalistas italianos não tem acesso⁷². Lá, o recém contratado realizaria matéria excepcional sobre atualidades. Acontece que, por circunstâncias alheias às partes, o visto lhe é negado, deixando a finalidade do contrato absolutamente frustrada⁷³. Isto é, ainda que fosse possível prever a não concessão do visto, esta constituía condição inarredável para consecução do fim contratual. Quebra-se, assim, a base contratual, deixando-o sem finalidade.

1.2. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS - ARTIGOS 317 E 478 A 480

O Código Civil de 2002, ao contrário do seu predecessor, ocupa-se diretamente do impacto da alteração das circunstâncias tanto no capítulo que trata das obrigações

⁶⁹ Conforme definição de Karl Larenz. No original: "Damit erkannten Zweck einigermaßen zu erfüllen vermag, müssen gewisse Umstände gegeben sein oder fort dauern, bei deren Wegfall er sinn-, zweck- oder gegenstandslos wird. Diese Umstände bilden die objektive Geschäftsgrundlage." LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil*. München: Beck, 1967, p. 248.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 248.

⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 250.

⁷² Para a análise do exemplo, não são tomadas em conta as particularidades do regramento da relação de emprego no direito brasileiro, submetidas a regras e princípios diversos em nosso sistema. Serve este, assim, apenas para ilustrar a frustração da finalidade contratual.

⁷³ BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 20.

como no regramento dos contratos em geral⁷⁴. Nesse sentido, é hoje despicienda a busca por princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor ou mesmo constitucionais que venham a dar fundamento ao direito de revisão ou resolução do contrato em face do abalo trazido pela superveniente modificação das circunstâncias⁷⁵. As regras constitucionais, ainda que possam servir de suporte à aplicação e interpretação do sistema codificado, não dão suporte direto e imediato à aplicação dos institutos sob análise. A disciplina encontra-se no Código Civil e, dessa forma, o trabalho do hermenauta, hoje, deve voltar-se a fixar os critérios para a rigorosa aplicação das normas que versam sobre o tema. Como adiantado, o sistema codificado atual trata da questão, em caráter geral, em dois momentos distintos, localizados topologicamente dentro do Código Civil, não sem razão, em matérias distintas. Pela similitude dos suportes fáticos abordados por cada um dos artigos, bem como pela aparente dificuldade trazida para a determinação do âmbito de aplicação de cada qual⁷⁶, far-se-á uma análise dos dispositivos, traçando seus pontos de convergência e de divergência para se determinar o que se encontra ou não albergado em cada uma das regras.

A primeira referência encontra-se no artigo 317, situado no primeiro livro da parte especial do Código, qual seja o do direito das obrigações. Mais especificamente, localiza-se dentro da seção destinada ao objeto do pagamento, integrante do título relativo ao adimplemento e extinção das obrigações. Dispõe o referido artigo que, 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. Encontram-se aqui, portanto, os seguintes requisitos: (i) a ocorrência de motivos imprevisíveis; da qual decorra (ii) desproporção manifesta entre (iii) o valor da prestação contratada e aquela do momento da execução. A consequência para o preenchimento do suporte

⁷⁴ Trata-se nesse trabalho apenas das causas supervenientes à formação do contrato. As causas concomitantes à formação do contrato não serão tratadas no presente trabalho, reputando-se, a distinção a FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. E em artigo mais recente: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. 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. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁷⁵ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 2012, p. 381.

⁷⁶ Sobre a dubiedade das consequências jurídicas quando verificadas as situações e a necessidade de orientação do aplicador vide: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. São Paulo: 2012, vol. 50, p. 135-159.

fático é o direito de a parte exigir judicialmente a correção, a fim de assegurar o valor real da prestação. A segunda regra legal encontra-se na disposição do artigo 478 do Código Civil, sito em seção dentro do capítulo que trata das formas de extinção dos contratos em geral. A dicção legal, determina que 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. Vê-se, neste segundo caso, a existência textual expressa de quatro requisitos, quais sejam: (i) a existência de contratos de execução continuada ou diferida (contratos duradouros); (ii) a ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível; que (iii) venha a tornar a prestação de uma das partes excessivamente onerosa; causando à outra (iv) extrema vantagem. O direito que a lei faz daí decorrer é o de a parte devedora da prestação exigir a resolução do contrato. Cabe-se mencionar, desde logo, que o artigo 479, dando concretude ao princípio da manutenção dos contratos, possibilita ao credor aquiescer com uma redução equitativa da prestação excessivamente onerosa e, assim, com a revisão do contrato, elidir a sua extinção. Há que se analisar, assim, os requisitos inseridos nas disposições legais para melhor se compreender seu âmbito normativo.

O artigo 478 do Código traduz clara opção pela tradição italiana exposta na seção anterior do presente capítulo. Encontram-se no artigo 1.467 e seguintes do *Codice Civile* as regras acerca da excessiva onerosidade superveniente. Especificamente o art. 1.467 trata dos "contratos com prestações correspectivas" (bilaterais) e determina que nos contratos de execução continuada, periódica ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte devedora de tal prestação pode demandar a resolução do contrato. Especifica o artigo ainda que a resolução não pode ser requerida quando a onerosidade excessiva superveniente estiver dentro da álea normal do contrato⁷⁷.

⁷⁷ No original: Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive

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.

Vê-se desde logo a similitude do artigo do Código brasileiro àquele do Código italiano. Em primeiro lugar, ambos códigos elencam como primeiro requisito a existência de um contrato de execução continuada ou diferida, tema explorado na seção anterior do presente trabalho. Como lá se aventou, o impacto do tempo sobre a relação contratual só deve ser levado em conta naquelas relações em que este efetivamente traz consequências sobre a estrutura contratual fixada, alterando a distribuição de obrigações, prestações, direitos, deveres, ônus, encargos e riscos estabelecida pelas partes no momento da contratação. A excessiva onerosidade superveniente, como o próprio nome sugere, leva em conta apenas as circunstâncias supervenientes à formação que venham a impactar na relação contratual travada⁷⁸. O desequilíbrio que venha a abalar o pacto desde a sua gênese, e não a partir de uma mudança no curso de seu desenvolvimento até o adimplemento, é tratado no presente Código sob o tema da lesão⁷⁹. Assim, há verdadeira "impossibilidade lógica nos contratos com prestação instantânea cujo ciclo formativo, da conclusão ao adimplemento, é percorrido e esgotado em um mais ou menos instantâneo lapso temporal"⁸⁰.

Em segundo lugar, exige-se a ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível. Ao contrário da norma decorrente do artigo 317 do Código Civil portanto, o fato é duplamente qualificado, *i.e.*, tanto pela sua extraordinariedade como pela sua imprevisibilidade. Em que pese a existência de linha doutrinária que aponte serem os termos intercambiáveis entre si, este não parece ser o entendimento majoritário da doutrina⁸¹. Ambos conceitos, para além de suas acepções naturais, adotam vestimenta jurídica quando da sua codificação, a qual nas palavras de JUDITH MARTINS-COSTA pode ser assim traduzida:

"É que, por projetar os seus efeitos para o futuro, as relações obrigacionais duradouras e as sucessivas comportam, indubitavelmente, certa margem de risco, de impossível averiguação *in abstracto*, pois dependem de vários fatores objetivos e subjetivos (*v.g.*, o tipo contratual em causa; o ambiente no

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

⁷⁸ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 1999, p. 110.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 279; FERREIRA DA SILVA. *Op. cit.*, 1999.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 301-302.

⁸¹ FRANTZ, Laura Coradini. *Op. cit.*, p. 122-136.

qual formada e desenvolvida a relação; os usos habituais à contratação; a qualidade das partes contratantes, etc.). Essa margem de risco vem recoberta pela expressão "álea normal", de modo que o "acontecimento previsível" é tido como integrante da álea normal."⁸²

A álea normal do contrato, portanto reflete a carga de risco (incerteza) que é assumida pelas partes na contratação. Esta carga de risco relaciona-se diretamente com o tipo de contrato firmado, bem como com a natureza da operação econômica que retrata. Isto é, se contratar é sempre uma atividade de risco, este não é ilimitado em todas as operações⁸³. Em um contrato de compra e venda de safra futura a assunção de risco não é a mesma daquela existente em um contrato de compra e venda de veículo automotor. Há uma margem normal inerente à cada contrato, dentro da qual cabe ao contratante arcar com os prejuízos dos insucessos de seu empreendimento⁸⁴. Desse modo, para que os fatos abram caminho à resolução configurada no texto legal com o preenchimento do suporte fático, devem colocar-se fora da álea normal do contrato para que se possa configurar sua extraordinariedade. Em suma, o fato é extraordinário porque foge à álea normal do contrato.

A este requisito conjuga-se a imprevisibilidade desta mesma situação. A questão de como se descobrir qual é efetivamente a margem de previsibilidade inserida no contrato concreto sob análise, bem como qual o parâmetro subjetivo para aferir a previsibilidade (os próprios contratantes ou um "contratante médio, normal"), não é de fácil solução. Ou seja, é previsível ou imprevisível em que medida e para quem? No que toca ao aspecto subjetivo, os autores dividem-se novamente⁸⁵. Para parte da doutrina, quando a lei traz o conceito de extraordinariedade do evento conectado à imprevisibilidade, faz ter-se como imprevisível "tudo o que é fora do curso ordinário das coisas", tendo-se que adotar, assim, o critério do homem médio para a previsão⁸⁶. Para estes autores, ainda que a situação subjetiva de cada um dos contratantes possa ter

⁸² *Idem, ibidem*, p. 308.

⁸³ Na ausência de disposição legal expressa tratando do tema, discute-se no Brasil se poderia ser aplicado o direito de resolução por excessiva onerosidade superveniente no âmbito dos contratos aleatórios. Vide neste ponto: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 192.

⁸⁴ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 1999, p. 114.

⁸⁵ FRANTZ, Laura. *Op. cit.*, p. 132.

⁸⁶ Assim BESSONE, Mario. *Op. cit.*, p. 49 trazendo farta referência à doutrina italiana. Na doutrina brasileira: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 1999, p. 110; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e extinção das obrigações comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 172.

peso interpretativo para situar o homem médio como um contratante médio, não se deve levar em conta o que aquele contratante especificamente poderia ou não prever *in casu*. A *contrario sensu*, no entanto "se as partes previram o fato e os seus resultados para o contrato, e ainda assim não fizeram inserir cláusula específica, o efeito jurídico não é admitido"⁸⁷. Em sentido oposto, entende parte da doutrina nacional que o parâmetro de aferição do "imprevisível", deve ser aquele dos contratantes concretamente considerados, ou seja, devem-se ter em consideração as características pessoais dos sujeitos envolvidos (sua *expertise* naquela determinada área negocial, natureza do negócio, etc.) orientando-se a interpretação por aquilo que estes poderiam legitimamente esperar dentro dos critérios estabelecidos pelos artigos 112 e 113 do Código Civil⁸⁸.

Independentemente de se saber se era imprevisível para aqueles sujeitos no caso concreto ou para um contratante "normal" naquela situação, há ainda que se definir a medida da imprevisibilidade. Exsurge a questão de se saber se estariam albergados pelo conceito de imprevisibilidade apenas os fatos em si imprevisíveis ou poder-se-iam incluir neste grupo os casos em que a alteração da estrutura contratual decorre de fatos previsíveis cujas consequências são imprevisíveis, inestimáveis ou inavaliáveis⁸⁹. Nesse sentido, antes mesmo da edição do atual Código Civil, a jurisprudência já reconhecia que, eventos previsíveis em abstrato pudessem vir a adquirir caráter de imprevisibilidade por conta das consequências que dele poderiam advir. Exemplo clássico é o caso da inflação, fenômeno objeto de preocupações constantes especialmente no curso das décadas de 80 e 90 em que os altos índices vinham a influir diretamente nos contratos firmados⁹⁰. Ainda que a existência da inflação fosse um elemento previsível, os índices que poderia atingir mostravam-se, muitas vezes, imprevisíveis. Nesse sentido, permitiu-se que fossem revisados ou resolvidos contratos por conta das consequências imprevisíveis de fato, em si, previsível. Consolidando este entendimento, a I Jornada de Direito Civil do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal editou em 2003 o enunciado número 17 que prevê: "Art. 317: a interpretação da expressão "motivos imprevisíveis" constante do art. 317 do novo

⁸⁷ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 172.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 309.

⁸⁹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 1999, p. 111.

⁹⁰ Judith Martins-Costa aponta, por exemplo, decisão pioneira do TJSP na década de 1950 que revisão do contrato com base na teoria da imprevisão (TJSP, Ap. Civ. 75.803, Rel. Des. Joaquim de Sylos Cintra, j. em 11.05.1956). MARTINS-COSTA, Judith, *Op. cit.*, p. 280, nota 462.

Código Civil deve abarcar tanto as causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis". Hoje, a maioria da doutrina é acorde em aceitar que fatos extraordinários e de consequências imprevisíveis venham a dar ensejo à aplicação dos preceitos legais aventados⁹¹. A fundamentação desta linha de entendimento é muito bem exposta por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o qual, trazendo aportes da doutrina italiana elucidada que apenas a partir da especificidade e concretude dos fatos é que se há de verificar a sua previsibilidade⁹². Ou seja, é evidente que os contratantes podem prever genericamente que uma guerra poderá eclodir, novos tributos possam ser criados ou novos meios de locomoção venham a impactar nas atividades das empresas. Ter condições efetivas de prever, entretanto quando a guerra ocorrerá, o momento do surgimento e a alíquota da nova tributação ou ainda qual a natureza desse transporte, depende do grau de especificidade e concretude dos fatos considerados⁹³. Em suma, "[f]atos genericamente previsíveis, portanto, podem ser imprevisíveis, quando tomados em sua especificidade e concretude"⁹⁴.

Em terceiro lugar, o fato imprevisível e extraordinário narrado deve tornar a prestação de uma das partes excessivamente onerosa. A onerosidade que preenche o suporte fático da regra, assim, é aquela excessiva e não a simples onerosidade. A distinção entre uma e outra, no entanto não é de simples precisão. Os critérios que regem a separação são o desequilíbrio das prestações e a suportabilidade do dano pelas partes⁹⁵. Como já referido anteriormente, no momento da contratação as partes estipulam um dado "peso" a sua prestação em relação à contraprestação da parte contrária⁹⁶. Nesse sentido, o valor de cada prestação é definido em função da contraprestação a ela vinculada. Muito mais do que valores absolutos, subentende-se que o equilíbrio contratual originalmente formatado traduz-se no peso que as partes deram às suas obrigações correspectivas. Desse modo, a alteração demasiada deste equilíbrio torna a prestação excessivamente onerosa, quebrando o balanço antes

⁹¹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 2012, p. 392.

⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (parecer) Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço de mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208.

⁹³ Os exemplos trazidos pelo professor paulista encontram-se na obra de SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Torino: UTET, 1996, tomo II, p. 675.

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 209.

⁹⁵ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. 1999, *Op. cit.*, p. 112; MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 304.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 304.

estatuído. Para precisar ainda mais o momento em que ocorre esta quebra, utiliza-se do elemento da suportabilidade do desequilíbrio pelas partes. Ou seja, a onerosidade passa a ser excessiva quebrando a comutatividade do contrato, quando produz ao devedor um sacrifício tal que dificulte exacerbadamente o adimplemento⁹⁷. Por vezes, inclusive, "[c]orre-se o risco de o devedor ser arruinado para cumprir a palavra empenhada e isto quer-se evitar"⁹⁸.

Em quarto lugar, a lei brasileira traz o critério da extrema vantagem da prestação para o credor. O fato imprevisível e extraordinário, além de ser causador de excessiva onerosidade ao devedor, deve trazer extrema vantagem ao credor que irá recebê-la. Este requisito é objeto de diversas críticas por parte da doutrina. No mais das vezes, a prestação pode se tornar excessivamente onerosa para o devedor, para o qual o prestar pode significar ser levado à ruína, sem que ao credor seja agregada vantagem demasiada⁹⁹. Ademais, a inclusão da vantagem excessiva ao lado da imprevisibilidade, extraordinariedade e excessiva onerosidade, torna o âmbito de aplicação do instituto extremamente exíguo. Exatamente por esta razão, é que se tem orientado o intérprete no sentido de se entender a extrema vantagem como aquela decorrente da quebra do sinalagma contratual. Isto é, deve-se pensar que qualquer situação que venha a destruir a ponderação inicialmente feita na contratação entre prestação e contraprestação, é causadora de extrema vantagem ao credor, pois o contrato jamais teria sido celebrado pelo devedor se presentes estas condições *ab initio*¹⁰⁰.

Por fim, a doutrina agrega ainda alguns elementos adicionais, encerrando a aplicação do direito de resolução por excessiva onerosidade superveniente nos estritos limites interpretativos do artigo 478. Requer-se, assim, que o fato causador da excessiva onerosidade não seja imputável ao lesado, bem como não exista mora ou inadimplemento definitivo daquele que postula a revisão¹⁰¹.

O artigo 317, por sua vez, somente pode ser compreendido a partir de uma (ainda que breve) referência à sua tramitação legislativa. Conforme narrado pelo Senador Josaphat Marinho no parecer final que aprovou o então projeto de lei no

⁹⁷ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 1999, p. 112; MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 304.

⁹⁸ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 1999, p. 112.

⁹⁹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 2012, p. 393.

¹⁰⁰ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 2012, p. 394.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 310-311.

Senado Federal, a história do dispositivo relaciona-se diretamente com o tema da correção monetária¹⁰². Em sua redação original, dispunha o artigo 311 do Anteprojeto apresentado pela Comissão¹⁰³:

"Art. 311. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que preserve, quanto possível, a equivalência das prestações."

Desde logo, percebe-se que, já à época, há a referência à desproporção manifesta "entre o valor da prestação devida e o do momento da execução", que permanece até a aprovação do diploma. Contudo, outros elementos foram alterando-se no curso do processo legislativo. Verifica-se que a causa da desproporção manifesta encontra-se aqui diretamente ligada à "desvalorização da moeda" conectando-se, à sua ocorrência, a faculdade de o juiz corrigir o valor da prestação. Na Câmara de Deputados, as novas alterações do dispositivo fazem com que este receba a seguinte redação¹⁰⁴:

Art. 317. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz determinará a correção mediante aplicação dos índices oficiais por cálculo do contador.

Nesta segunda formatação, vê-se alterada apenas a faculdade jurisdicional de corrigir a prestação quando verificada a desproporção manifesta. Aqui, o juiz tem o dever, não de revisar a prestação, mas apenas de realizar a correção "mediante aplicação dos índices oficiais por cálculo do contador". Ou seja, trata-se meramente de processo mecânico de aplicação da real correção monetária.

No Senado Federal, exsurge a emenda nº 38 do Senador Gabriel Hemes, que propôs a supressão do artigo¹⁰⁵, bem como da parte final do artigo 620 que tratava da correção monetária no âmbito dos contratos de empreitada¹⁰⁶, que será oportunamente analisado. Ao que importa aqui, a proposta estava calcada na ideia de que a correção

¹⁰² MARINHO, Josaphat. Parecer final nº 749, de 1997, p. 35. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=57207&tp=1>; acessado em 03.11.2013 às 11h06min.

¹⁰³ FRANTZ, Laura Coradini. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 284.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. O projeto de Código Civil no Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 1998, vol. 1, p. 167 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 284.

¹⁰⁶ MARINHO, Josaphat. *Op. cit.*, p. 35.

monetária tratava de solução a problema circunstancial, não podendo ser perenizada em Código, que tem por definição a noção de permanência¹⁰⁷. O relatório do Senador JOSAPHAT MARINHO neste tocante é de uma riqueza sem tamanho para a compreensão do real alcance das disposições normativas contidas no artigo. Pondera o relator que, ouvido à época o professor MIGUEL REALE, este esclareceu que o Anteprojeto de 1975 não cogitava expressamente da correção monetária, contudo não tinha objeções à sua disciplina no Código. O parecer final, contudo é expresso em afirmar que "[n]ão se justifica a consagração da correção monetária no texto de um Código Civil"¹⁰⁸ e explica:

A idéia do eminente Supervisor da Elaboração do Anteprojeto procede, modificada, em parte, a redação oferecida, sobretudo porque não se deve considerar apenas a "desvalorização da moeda" para admitir a revisão dos valores convencionados. Outros fatores, e imprevisíveis, poderão ocorrer, gerando o desequilíbrio das prestações e justificando o reajustamento delas.

Ou seja, a supressão da expressão "pela desvalorização da moeda" reflete exclusivamente o interesse em abarcar não mais somente a mera hipótese de correção monetária no dispositivo, mas o impacto de fatores imprevisíveis que viessem a alterar "os valores convencionados". Esta alteração teve duas consequências importantes. A primeira é que com a inclusão do elemento da imprevisibilidade, acabou-se por restringir o âmbito de aplicação da possibilidade revisional, quando a ideia era ampliá-lo¹⁰⁹. A segunda e mais controversa é aquela que gera a atual discussão acerca do aparente conflito entre as disposições deste artigo 317 com o já tratado artigo 478 do Código Civil. Trata-se, em verdade, da interpretação do elemento da desproporção manifesta. É que com a tentativa de regram mais do que apenas a hipótese de correção monetária, acolhendo a teoria da excessiva onerosidade superveniente, abriu-se espaço para se ver no artigo 317 não mais hipótese de desproporção manifesta da prestação com relação a si mesma, mas de desproporção desta com relação àquela da outra parte. Nesse sentido é a posição da professora JUDITH MARTINS-COSTA, que trazendo o aporte da doutrina italiana para verificar a possibilidade de revisão por conta do "envilecimento" da prestação, elucida que doutrina e jurisprudência italianas têm entendido pela possibilidade de revisão no caso de envilecimento, pois a expressão

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 35.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 35.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 305-306.

"desequilíbrio entre o valor atual e o valor originário da prestação devida" vem sendo sobreposta pela expressão "desequilíbrio entre a prestação devida e a contraprestação devida"¹¹⁰. No mesmo sentido, é a posição de JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, que esclarece que "nos contratos bilaterais, a desproporção vai acabar se revelando no contraste entre prestações, pois, se assim não for, o negócio seguirá equilibrado e, por conseguinte, não haverá razão para revisá-lo"¹¹¹. Note-se que aí o critério não é mais o desenvolvimento da prestação no curso do tempo linearmente considerada (dois momentos de uma mesma prestação¹¹²), mas seu desenvolvimento tido de forma relacional, isto é, prestação em relação à contraprestação. Daí decorreria a posição de possibilidade de adotar-se a solução revisional constante do artigo 317 de forma direta, ou seja, mesmo antes da resolução, expressa no artigo 478. Isto é, se se entende que a desproporção manifesta é aquela que se revela entre as prestações correspectivas, o âmbito do direito de revisão parece ser mais largo que aquele do direito de resolução por excessiva onerosidade superveniente e, assim, seria de preferir-se a revisão à resolução como forma de manutenção dos pactos¹¹³. O entendimento de preferência revisional é acorde com a maioria da doutrina e, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, resultou consolidado no Enunciado 367 que dispõe:

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.

Quer nos parecer, no entanto, que por diversas razões o âmbito de aplicação do artigo 317 do Código Civil é mais restrito ou, pelo menos, diverso daquele do artigo 478 do Código Civil. Em primeiro lugar, pois o breve apanhado da tramitação legislativa do dispositivo trouxe elementos cruciais ao debate. Todo o seu histórico refere-se à possibilidade de alteração da prestação pela necessidade de correção monetária dos valores. A última modificação no dispositivo, ocorrida no Senado Federal, buscou apenas alargar (ainda que efetivamente tenha restringido pelo elemento

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 285.

¹¹¹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 181.

¹¹² Expressão de FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 181.

¹¹³ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 181.

imprevisibilidade) a hipótese de incidência do direito de "correção" da prestação, no entanto, não mudou seu parâmetro de comparação: a prestação no momento da contratação em face desta mesma prestação no momento do adimplemento. Assim, é de se entender porque o artigo 317 permaneça topologicamente situado no campo das obrigações, enquanto o artigo 478 localize-se na seara da extinção dos contratos. Nesse sentido, não obstante traga a solução revisional desde logo "nele encontra-se a revisão não de todo o contrato, mas da prestação devida em determinado momento"¹¹⁴. Aliás, a comparação das disposições textuais das regras legais traz interessantes indicativos. Enquanto no artigo 317 fala-se em desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da sua execução, o artigo 478 fala em excessiva onerosidade da prestação de uma parte e extrema vantagem para a outra. Há aí, mais uma vez a diferença que se havia referido quanto aos parâmetros de comparação: enquanto no primeiro caso a comparação se dá entre a prestação com ela mesma (busca-se assegurar o valor real da prestação), no segundo caso, leva-se em conta o aspecto relacional do contrato, em cuja formação foi atribuído determinado peso (valor) às prestações correspectivas (nos termos do Código italiano). Ou seja, a possibilidade de revisão abordada pelo artigo 317 decorre da desproporção manifesta entre a prestação contratada e a mesma prestação devida no momento do adimplemento. A análise que se faz é a do desenvolvimento daquela prestação no tempo e não de seu desenvolvimento relativamente à contraprestação contratada. Ademais, não há referência, neste caso, à excessiva onerosidade. A desproporção manifesta da prestação não parece conduzir necessariamente à conclusão que esta tenha se tornado excessivamente onerosa. Na linha trazida por LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, no caso do artigo 317 do código, "[o] espectro é menor e a finalidade do dispositivo menos abrangente"¹¹⁵. Poder-se-ia pensar, por exemplo, em correções pontuais de distorções que, sem tornar a prestação excessivamente onerosa, não correspondam à previsibilidade do desenvolvimento da prestação no tempo. Seguindo-se essa linha, a conclusão não pode ser outra que a sobreposição dos dispositivos é apenas aparente. O artigo 317 traz hipótese distinta daquela do artigo 478 e, assim, não se poderia buscar desde logo a revisão contratual em todos os casos, suplantando a ordem legal estatuída pelo artigo 478. Estando presentes os requisitos para a extinção por excessiva onerosidade

¹¹⁴ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 2012, p. 396.

¹¹⁵ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, 2012, p. 396.

superveniente, é a resolução que deve ser buscada, ressalvando-se a possibilidade de redução equitativa constante do artigo 479. Essa solução, aliás, traduz respeito a ambas posições contratuais (credor e devedor). Se de um lado o devedor da prestação onerosa encontra alívio para sua condição superveniente de qualquer forma, seja pela resolução seja pela revisão, o credor "se não quiser, ou puder, continuar na relação com as bases alteradas, estará, em caso de pretensão revisional debutada pelo onerado, constrangido a permanecer em um contrato contra suas expectativas"¹¹⁶. Mais uma vez, é preciso o entendimento de LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA:

Outra vez o Código estabelece um balanço entre a liberdade contratual e as expectativas legítimas. Certamente ofenderia o devedor onerado não poder recompor ou desfazer-se de contrato que, por razões alheias às partes, deixou de corresponder à normalidade esperada. Entretanto, sem que o credor concorde com a revisão, a ofensa seria revertida.

Assim, encontram-se assentadas as bases gerais estatuídas pelo Código Civil para o caso de revisão e resolução por conta da alteração superveniente das circunstâncias. Estas disposições têm caráter geral e, em tese, seriam aplicáveis a todos os contratos tratados na parte específica do Código. A existência de disposições específicas no regramento do contrato de empreitada, todavia faz com que sua análise seja necessária.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 395.

CAPÍTULO II - O CONTRATO DE EMPREITADA E A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

2.1. O CONTRATO DE EMPREITADA - CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A fim de se poder determinar se ao contrato de empreitada podem ser aplicadas as regras gerais estabelecidas no Código Civil para a alteração superveniente das circunstâncias, cumpre sejam primeiramente traçados os contornos do tipo contratual sob análise. Isto é, ainda que em matéria contratual os tipos contratuais não funcionem como limitadores da autonomia privada, é indispensável que se possa identificar precisamente quando se está diante de um contrato de empreitada, pois "uma vez qualificado um contrato como típico, haverá uma disciplina legal supletiva a servir-lhe de base"¹¹⁷. Para tanto, passa-se a analisar tanto as regras legais fixadas como as características essenciais apontadas pela doutrina, de forma a se estabelecer o âmbito que lhe é específico e traçar critérios de orientação do intérprete naquelas "zonas gris" onde este toca tipos congêneres.

O contrato de empreitada encontra-se disciplinado nos artigos 610 a 626 do Código Civil de 2002 e é tradicionalmente definido como aquele em que uma parte se compromete a realizar obra, sem subordinação, para outra mediante remuneração¹¹⁸. É, assim, contrato bilateral, consensual, oneroso e comutativo. É bilateral, pois, de um lado, uma das partes vincula-se a prestar a obra, enquanto a outra obriga-se a remunerar¹¹⁹; consensual, porque considera-se formado e perfeito pelo puro consentimento¹²⁰; oneroso, exatamente por pressupor remuneração pelo serviço prestado¹²¹; e comutativo por conta dos limites definidos de aleatoriedade existentes exclusivamente no plano econômico, e não jurídico (o empreiteiro deve a obra tal qual

¹¹⁷ COMIRAN, Giovana Cunha. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: *Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paolo Grossi*. Org: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013, p. 338-339.

¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984, Tomo XLIV, § 4.844, p. 376. No mesmo sentido WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 398; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLIV, p. 382.

¹²⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 193.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 192.

contratada, não bastando o risco assumido no entretempo entre sua pactuação e seu adimplemento para desfigurar a natureza comutativa)¹²². Na classificação tradicional dos contratos, é definido ainda como contrato de execução continuada, uma vez que "[d]emanda logicamente um certo espaço de tempo para o seu término"¹²³. Há, por sua vez, quem defenda haver na empreitada contrato de execução diferida¹²⁴. Interessante neste ponto é resgatar a classificação dos contratos referida no primeiro capítulo do presente trabalho. Isso porque, ao se definir a execução do contrato de empreitada como continuada, aproximando-o por exemplo de um contrato de locação, não se logra traduzir a integralidade do fenômeno jurídico observado. Em verdade, ainda que a execução seja continuada a partir da prática de diversos atos ao longo do tempo, o adimplemento da empreitada, seja no sentido jurídico, seja no sentido da satisfação do interesse econômico subjacente, não é continuado¹²⁵. Isto é, a execução é continuada, mas o adimplemento é instantâneo com a entrega da obra. Mesmo na empreitada que se presta por medida, a satisfação do interesse do credor no contrato só se dá com a entrega final da obra. O interesse do credor não se renova a cada período, não é satisfeito com a entrega de cada parte da obra, mas dela inteira. É nesse sentido que anteriormente falou-se em contrato de adimplemento preparado: o tempo que se prolonga não faz durar ou renovar continuamente o adimplemento do contrato (como ocorre, por exemplo, na prestação de serviços de determinado médico contratado para tratar enfermidade vitalícia), mas apenas dá espaço para a prática de sucessivos atos que venham a preparar a *solutio*¹²⁶.

A origem histórica do tipo contratual, como se verá brevemente, dá ensejo a diversas controvérsias (ainda que veladas na doutrina nacional) na definição do espaço normativo que lhe é específico. A operação jurídica que hoje entendemos como empreitada encontrava-se no direito romano dentro do amplíssimo escopo da *locatio conductio*. Este contrato, desde o início da época clássica e pelo menos até a metade do

¹²² Nesse sentido, diante da polêmica acerca da possibilidade de se tratar a empreitada como contrato aleatório, já Pontes de Miranda e Serpa Lopes, escrevendo sob a égide do Código Civil de 1916, identificavam a natureza comutativa do contrato. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLIV, p. 375; e SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 192-193.

¹²³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 194.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Empreitada - Cláusula de revisão do preço - reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda. In: *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*, vol. 6. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 47.

¹²⁵ OPPO, Giorgio. *Op. cit.*, p. 156.

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 155.

século I antes de Cristo, era compreendido como aquele pelo qual um sujeito (*locator*) se obrigava a colocar temporariamente à disposição de outro (*conductor*), um bem ou a si mesmo (sua força de trabalho)¹²⁷. Dentro deste largo âmbito, os juristas do direito comum traçaram três grandes grupos de contratos que reunissem operações similares, formulando a tripartição que futuramente passaria a integrar diversos dos códigos ocidentais, qual seja: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* e *locatio conductio operis*. Conforme explica Giovanni Pugliese, a tripartição narrada não se encontra em nenhum texto romano, nem clássico, nem sucessivo¹²⁸. Ou seja, locava-se uma coisa, um operário¹²⁹ (pela sua força de trabalho) ou determinada obra. Apesar de trazer a vantagem pela simplificação de classe complexa, a classificação tripartite das grandes linhas englobadas pela *locatio conductio* representa ela mesma agrupamento artificial de atividades diversas entre si, como se via principalmente na *locatio operis*¹³⁰, que deu origem ao contrato de empreitada. Assim define o ministro MOREIRA ALVES:

"Na *locatio conductio operis*, o *locator* entrega ao *conductor* uma coisa (ou coisas) para que sirva de objeto do trabalho que este se obrigou a realizar para aquele - assim, por exemplo, a lavagem, pelo *conductor*, da roupa do *locator*, ou a construção de casa para este, com os materiais por ele fornecidos ao *conductor*."¹³¹

Desde logo, verifica-se que, no direito romano não existia a empreitada com fornecimentos de materiais pelo empreiteiro¹³². Em termos vulgares, pode-se dizer que o empreiteiro obrigava-se a fazer algo com a coisa dada a si pelo comitente, ou seja, deveria cumprir uma determinada operação com a *res locata* pelo *conductor*¹³³. Era objeto da *locatio operis* portanto uma larga gama de atividades distintas entre si como o

¹²⁷ PUGLIESE, Giovanni. *Locatio-conductio*. In: *Derecho romano de obligaciones*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 597.

¹²⁸ Vide no original: "La tripartizione in *locatio rei*, *operis*, *operarum* non è enunciata in nessun testo giuridico romano, nè classico, nè successivo; in realtà essa risale ad autorie del diritto comune divenne poi un dato costante della tradizione romanistica, tanto da finir con l'apparire desunto direttamente dalle fonti romane." PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*, 601. Na doutrina nacional, aponta em mesmo sentido MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 535.

¹²⁹ Aliás, neste ponto é interessante assinalar que durante muito tempo a *locatio operarum* foi vista como subespécie da *locatio rei*. Assim, a locação de um trabalhador livre (*operarum*) era muito similar à locação de um escravo, visto como coisa ao direito romano. PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*, 606.

¹³⁰ PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*, 602.

¹³¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 539.

¹³² *Idem, Idem*, p. 539.

¹³³ PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*, 607.

transporte marítimo de bens (A entrega para B o bem para que ele o transporte), a lavagem de roupas do *conductor*, a construção de determinada edificação e a fabricação de colares e anéis a partir da prata fornecida pelo comitente.

Apesar do trabalho doutrinário e jurisprudencial ao longo dos séculos¹³⁴, este conceito amplo de *locatio operis* ingressou em larga medida no direito nacional. Nesse sentido, o Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS traz interessante perspectiva sobre os conceitos ora sob análise. Em seu décimo primeiro capítulo inserido dentro do título relativo às obrigações derivadas dos contratos, encontrava-se tratada a locação de serviços como gênero. O artigo 2.692, que inaugura o referido capítulo, refere que "haverá locação de serviços quando uma das partes se tiver obrigado a prestar um serviço, e a outra parte a pagar-lhe por esse serviço um preço em dinheiro"¹³⁵. Vê-se, desde logo, que apartada a locação de coisas (*locatio rei*), a locação de serviços continuava regulada em bloco genérico, englobando, nas palavras do artigo 2.696, toda a espécie de serviço ou trabalho possível, lícito e moral, seja material, imaterial, mecânico ou liberal¹³⁶. Este capítulo encontrava-se dividido em dois parágrafos: o parágrafo primeiro tratava da locação de serviços materiais, enquanto o segundo da locação de serviços imateriais. Dentro dos serviços materiais que poderiam ser locados, por sua vez, a divisão trazia sete seções, quais sejam: (i) dos criados de servir; (ii) dos trabalhadores; (iii) dos empreiteiros; (iv) dos empreiteiros construtores; (v) dos agentes de transportes; (vi) dos fornecedores; e (vii) dos editores e subscritores. Veja-se que, dentro da percuciente estruturação do grande jurista, a empreitada encontra-se como subespécie de serviço material dentro do grande capítulo da locação de serviços. Em outras palavras, a empreitada é, *lato sensu*, prestação de serviços, pelo qual empresários, mestres de ofício ou trabalhadores se encarregam de mandar fazer alguma obra ou serviço mediante preço correspondente ao seu valor (artigo 2.744). Já neste texto legal encontrava-se a possibilidade de contratação tanto de empreitada de labor como com o fornecimento de materiais (artigo 2.745), afastando-se nesse tocante do conceito romano anteriormente referido.

¹³⁴ Pelo limitado escopo do presente trabalho, não irá se avaliar detidamente o desenvolvimento do conceito da *locatio operis* ao longo do tempo e espaço.

¹³⁵ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1983, p. 440.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 441.

A precisa definição do que diferenciava esta subespécie de serviços das demais, no entanto aparece mais claramente em referência cruzada. Isto é, enquanto o primeiro parágrafo do capítulo trata da locação dos serviços materiais, o segundo regra a locação de serviços imateriais, remetendo, contudo, em diversos pontos à aplicação das regras do parágrafo antecedente. Desta forma, para ilustrar o que se narra, dispõem os artigos. 2.827 e 2.828:

Art. 2.827. **Quando forem contratados e pagos na razão do tempo do trabalho**, aplicar-se-á o disposto no § 1º deste Capítulo sobre os trabalhadores, em tudo o que for aplicável, e não se oponha às disposições especiais deste parágrafo.

Art. 2.828. **Quando forem contratados e pagos na razão de um trabalho ou de uma obra a fazer, ou de cada uma das obras parciais em que consista o trabalho**, aplicar-se-á, com a mesma restrição do artigo antecedente, o disposto no § 1º deste Capítulo sobre os empreiteiros.

Encontra-se aí, o gérmen nacional do conceito de empreitada em oposição ao de prestação de serviços posteriormente desenvolvido por autores do século XX como PONTES DE MIRANDA e ORLANDO GOMES. Ora, enquanto o locador de serviço de trabalhadores era devedor da prestação do trabalho em si ("a atividade mesma"¹³⁷, nas palavras de PONTES DE MIRANDA), o empreiteiro deve o resultado, afinal, é contratado e pago em razão de um trabalho ou de obra a fazer. Note-se que a referência ao objeto da empreitada é dúplice: ele deve o trabalho ou a obra, mas em ambos os casos deve o resultado. Neste ponto, portanto, o conceito romano de *locatio operis* como fazer algo com a coisa dada pelo comitente já não mais se verifica integralmente. O cerne do conceito, fazer algo (a obrigação de fazer), permanece, contudo faz-se algo com materiais fornecidos ou não, devendo-se o resultado (material ou mesmo imaterial, ainda que indiretamente). Mais que isso, a oposição não se dá apenas entre empreitada e locação de serviços diretamente, mas dentro do grande gênero da locação de serviços, entre a empreitada e as outras seis modalidades de serviços materiais inseridas no mesmo parágrafo, além daqueles imateriais do parágrafo posterior. O que importava à definição do âmbito próprio da empreitada, em suma, era a contratação de obrigação de resultado obtido a partir do trabalho do empreiteiro.

¹³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLVII, p. 10.

Como se sabe, o Esboço não veio a se tornar lei vigente em nosso país, servindo ao presente exame, contudo, pelo menos como trabalho doutrinário central de uma época apto a demonstrar a recepção do conceito da empreitada no direito pátrio¹³⁸. O CÓDIGO BEVILÁQUA de 1916 tratou a matéria de forma diversa, dando mais um passo na depuração dos diversos tipos (grupos de relações típicas, de normalidade¹³⁹) que compunham a antiga *locatio conductio*¹⁴⁰. No capítulo IV, tratou da locação como gênero e dentro desta, reproduziu a subdivisão romana da *locatio conductio* tratando em três seções da locação de coisas, da locação de serviços e da empreitada. Em seus comentários ao Código aprovado, conceituava o autor do projeto: "Empreitada é a locação de serviço, em que o locador se obriga a fazer ou mandar fazer certa obra, mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado"¹⁴¹. Observe-se aí que neste conceito opera-se uma restrição da definição vista em TEIXEIRA DE FREITAS. O objeto do contrato de empreitada não é mais o resultado, mas a obra. Complementando o conceito delineado, o referido autor reforçava: "O que caracteriza a empreitada é o seu fim, que consiste na produção de obra material ou certa porção dela; seja, por exemplo, a construção de um edifício, seja o preparo dos móveis com que lhe guarnecer uma das salas"¹⁴². Reitere-se, o que caracteriza a empreitada não é mais a contratação de resultado a partir do trabalho, mas o resultado específico de produção de obra material ou parte dela.

Neste mesmo caminho de separação das distintas atividades antes englobadas pela *locatio conductio*, o Código Civil de 2002 operou cisão definitiva, pelo menos na topologia da regulação das matérias. Dentro do título VI que trata das várias espécies de contratos, temos em capítulos absolutamente distintos a locação de coisas, a prestação de serviços e a empreitada. Aliás, a locação de coisas foi deslocada para após as regras

¹³⁸ A imagem da concha abandonada do marisco na beira da praia, resgata por Judith Martins-Costa quando do estudo das relações entre Direito e Literatura, ajuda a compreender o valor do exame que ora timidamente se busca fazer. Desse modo, embora o animal, assim como o significado de empreitada dado pereça, a concha (o significante) permanece e com ela, "[t]raços do antigo morador, todavia, permanecem escondidos em suas volutas, incrustados e disfarçados em sua madrepérola, pontuando sutilmente nossas representações". MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o *nomos*: (ou os nexos entre narrar e normatizar). In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. 11.

¹³⁹ COMIRAN, Giovana Cunha. *Op. cit.*, p. 336.

¹⁴⁰ É por bem referir ainda, que o Código Comercial de 1850 já fazia referência ao contrato de empreitada como espécie da locação de serviços em seus artigos 231 a 240, conectando o âmbito deste à produção de obra.

¹⁴¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 343.

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 344.

que tratam da troca e permuta, do contrato estimatório e da doação. Restaram lado a lado a prestação de serviços e a empreitada. Veja-se, contudo, que o caminho histórico legislativo é interessante: da locação de serviços como gênero do qual a empreitada é subespécie, passou-se à locação de serviços contraposta à empreitada dentro do mesmo capítulo e, por fim, para o seu tratamento em capítulos apartados dentro das várias espécies de contratos.

Não obstante, boa parte da doutrina do século XX (bem como aquela do século XXI) permaneceu repetindo os conceitos firmados anteriormente, aproximando figuras que, como se viu, apenas artificialmente haviam sido agrupadas. Nesse sentido, de um lado há aparentemente consenso na doutrina em entender que no contrato de empreitada “a prestação de serviços não é devida como prestação de serviços, mas pelo resultado”¹⁴³. A silenciosa cisão que se firmou diz respeito a se saber se a empreitada engloba a contratação de qualquer resultado obtido através do trabalho ou apenas aquele consistente na criação, modificação ou extinção de determinado bem (obra), material ou imaterial.

Como se viu, tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 não deram definição expressa ao contrato ou a seu objeto. Em sentido diverso do nosso ordenamento, o Código Civil alemão (BGB) dispôs expressamente que o objeto do contrato de empreitada (ou obra - *Werkvertrag*) pode ser tanto o fornecimento ou a modificação de uma coisa como também outro resultado (*Erfolg*) obtível a partir do trabalho ou da prestação de serviços¹⁴⁴. O Código Civil italiano, por sua vez, também definiu expressamente o contrato de *appalto* como aquele pelo qual uma parte assume, com a organização dos meios necessários e com a gestão do próprio risco, o cumprimento de uma obra ou de um serviço a partir de contraprestação em dinheiro (artigo 1.655)¹⁴⁵. Mantiveram-se, ambos, vinculados ao conceito de contrato com obrigação de resultado a partir do serviço apresentado. Explorando este conceito, KARL LARENZ já reconhecia ser o âmbito de aplicação das regras do contrato de empreitada bastante amplo, visto que a regulação do instrumento não se limitava à criação ou modificação

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLIV, p. 375.

¹⁴⁴ No original, dispõe o § 631 (2): “Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.”

¹⁴⁵ No original: "Art. 1.655 Nozione. L'appalto (2222 e seguenti) è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro."

de bens corpóreos ou incorpóreos, mas se conectava a algo tão fugidio como o resultado (*Erfolg*), como acontece nos casos do transporte de pessoas ou coisas até um lugar, da execução de obra teatral ou musical, do contrato com médico para realização de cirurgia estética, etc¹⁴⁶. Mesmo sem a definição dada pelo § 631 do BGB, que conceitua o objeto da empreitada no direito alemão, PONTES DE MIRANDA identificava a mesma dificuldade entre nós¹⁴⁷, dando como exemplos da larguíssima gama de casos reguláveis pelas disposições da empreitada, desde o contrato de construção de determinada casa até a hipótese do “grupo que promete apresentar a peça de teatro, ou dar o concerto, ou fazer exibição ginástica”¹⁴⁸. Aliás, contrariando a definição dada por BEVILÁQUA, dispunha PONTES DE MIRANDA:

“A obra pode consistir em criar o bem que se quer, ou em destruí-lo, ou em modificá-lo. [...] A prestação de serviços não é devida como prestação de serviços, mas pelo resultado. Os serviços, na empreitada, apenas são meios para se obter aquilo que se prometeu. De modo que o que se prometeu e se deve é o resultado, e não os serviços.”¹⁴⁹

A fim de explicitar o conceito amplo que expõe, passa a trazer exemplos que traduzem essa dupla caracterização, que em muito assemelham-se àqueles da *locatio operis*. Assim, no que contribui à divergência ora apontada, anota o autor que o chofer que é contratado para levar pessoa até determinado local, celebra contrato de empreitada e não prestação de serviços. O motorista seria contratado pelo resultado e não pelo serviço como tal¹⁵⁰. Nesse mesmo sentido, o cirurgião que é contratado para fazer operação seria considerado empreiteiro¹⁵¹, ao contrário do médico procurado por pessoa enferma para ser tratado, que não promete a cura, mas apenas o melhor emprego da técnica que firmaria contrato de prestação de serviços¹⁵². Aqui, portanto, a empreitada é a prestação de serviços em que se contrata obrigação de resultado. Cabe-se referir que a posição do referido autor não é isolada, mas, pelo contrário, é endossada por autores de renome como ORLANDO GOMES e SERPA LOPES. Apenas a título ilustrativo,

¹⁴⁶ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Band 2, Halbband 1, Besonderer Teil. München: Beck, 1986, p. 344.

¹⁴⁷ “É amplíssimo o âmbito de suportes fáticos sobre os quais incidem as regras jurídicas da empreitada.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLIV, p. 383.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 383.

¹⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLIV, p. 375.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 383.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 388-389.

¹⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLVII, p. 11.

segundo aquele "[n]a empreitada uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo"¹⁵³.

A esta altura, alguns apontamentos são aqui imperiosos. A definição do âmbito específico da empreitada é mister para que as regras a ela previstas em abstrato amoldem-se na maior medida possível à normalidade dos casos por ela regulados em concreto¹⁵⁴. A maior dificuldade aparece quando da diferenciação da empreitada e do contrato de prestação de serviços, visto tratarem ambos de contratos que regram fazer humano voltado a algum resultado¹⁵⁵. Contudo, há que se ter em mente que a empreitada atualmente regulada pelo Código Civil não é a *locatio operis* que artificialmente reunia o contrato de obra e as demais finalidades obteníveis pelo trabalho (para se usar as expressões alemãs). Analisando-se pontualmente a evolução legislativa e doutrinária no Brasil, percebe-se que, desde o Código Civil de 1916, tem-se a empreitada como contrato de obra e não como *locatio operis*. Ambos nossos Códigos Civis inauguram o regramento da empreitada com as seguintes disposições praticamente idênticas:

Art. 1.237. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela ou só com seu trabalho, ou com ele e os materiais. (Código Civil de 1916)

Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. (Código Civil de 2002)

Veja-se, aqui, que o empreiteiro é empreiteiro de uma obra, como quis BEVILÁQUA no conceito anteriormente traçado, e não empreiteiro de um resultado. Aliás, nesse sentido a definição de ORLANDO GOMES acima trazida, torna-se mesmo contrária ao regramento legal. A empreitada não obriga o empreiteiro a realizar ou obra ou serviço, mas, nos termos da lei, o empreiteiro de uma obra realiza ela (a obra) através de seu serviço (fornecendo ou não materiais). Para tentar sanar esse vício, PONTES

¹⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

¹⁵⁴ "[...] o mundo do típico é o do normal". COMIRAN, Giovana Cunha. *Op. cit.*, p. 336.

¹⁵⁵ Veja-se que mesmo PONTES DE MIRANDA é acorde com este entendimento: "O conteúdo do contrato [de prestação de serviços] é a atividade como tal, dirigida a determinado resultado. Daí distinguir-se da empreitada, em que o prestador da atividade se vincula a prestar determinado resultado. Mesmo se o locador de serviços ou o trabalhador, que tem a incumbência de determinada obra, não loca o resultado, a obra; loca a atividade, que se destina ao resultado, à obra." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLVII, p. 9.

DE MIRANDA tenta integrar ao conceito de obra os demais resultados a que se obrigaria o empreiteiro, *verbis*:

“O conteúdo do contrato [de prestação de serviços] é a atividade como tal, dirigida a determinado resultado. Daí distinguir-se da empreitada, em que o prestador da atividade se vincula a prestar determinado resultado. Mesmo se o locador de serviços ou o trabalhador, que tem a incumbência de determinada obra, não loca o resultado, a obra; loca a atividade, que se destina ao resultado, à obra.”

Esse tratamento, contudo parece fundir indistintamente os conceitos de obra (*Werk*) e um outro resultado obtível pelo trabalho (*ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg*), tão bem separados dentro do § 631 do BGB e no art. 1.655 do *Codice Civile*. Lá, a obrigação de resultado parece integrar o contrato de empreitada ao lado da obrigação de obra, aqui, ao que tudo indica, não. Aliás, todos os demais artigos sucessivos que tratam da empreitada no atual Código Civil brasileiro, regulam de uma alguma forma as vicissitudes envolvidas na feitura da obra e não na produção de resultado qualquer. Isto é, tratam da divisão de riscos entre as partes na execução da obra (arts. 611, 612 e 613 do Código Civil), da execução da obra por partes ou por medida (art. 614, CC/2002), dos deveres do comitente (art. 615 e 616, CC/2002) e do empreiteiro (art. 617, CC/2002), da responsabilidade do empreiteiro pela solidez e segurança da obra (art. 618, CC/2002), etc. Todos os dispositivos legais (pelo menos aqueles constantes do Código) atinem ao **contrato de obra**. Nesse mesmo sentido, outras obrigações de resultado que tradicionalmente integravam o conceito de empreitada, como o contrato de transporte, receberam regramento específico.

Ainda que a análise da legislação não esgote a qualificação do tipo, ela pelo menos dá a disciplina legal, a tipicidade legal do contrato¹⁵⁶. Assim, o conceito de empreitada adotado é aquele delineado por CLOVIS BEVILÁQUA, a partir do qual, pelo contrato de empreitada, uma parte se obriga a fazer ou mandar fazer certa obra ou porção dela, mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado. Dentro do próprio conceito de obra, poder-se-ia travar nova discussão acerca da sua integral abrangência. Estariam inclusas apenas as obras materiais ou também as obras intelectuais? Para os fins do presente trabalho, compreende-se no conceito de obra "toda

¹⁵⁶ COMIRAN, Giovana Cunha. *Op. cit.*, p. 353.

espécie de produções, seja a clássica construção de uma obra material, seja a criação intelectual, artística ou artesanal¹⁵⁷. Ressalte-se, ainda, que dentro dessa conceituação resta possível a existência de prestação de serviços com obrigação de resultado, impossível de coexistir com a empreitada como resultado.

Outro ângulo interessante de análise da questão é aquele das modalidades de obrigações recobertas pelo contrato. Sob esse aspecto, o contrato de empreitada tem como escopo uma obrigação de fazer que culmina em uma obrigação de dar, a ela anexa e dependente. Isto é, ao fazer da obra conecta-se a obrigação de entregar a obra (o bem) depois de concluída¹⁵⁸. O importante é que estejam ambas presentes e conectadas. Como bem explicitou SERPA LOPES, "[é] este trabalho que surge no antepiano de modo que mesmo quando o empreiteiro fornece o material, o contrato de empreitada continua qualificado como tal, abrangendo, em princípio, duas obrigações: a de fazer, lavrando a coisa, e, como consectário lógico dessa primeira, a de entregá-la ao dono da coisa. Esta entrega não está vinculada à obrigação de dar, senão à de fazer, como um meio para o seu cumprimento"¹⁵⁹. O chofer que leva pessoa do ponto A ao ponto B, executa obrigação de fazer, mas não há entrega ao final do resultado de seu serviço, não há obra mas apenas obrigação de resultado; há apenas um outro resultado obtível a partir do trabalho ou do serviço do BGB, mas não a criação, modificação ou extinção de bem que caracteriza a obra no direito brasileiro. No ordenamento brasileiro, não parece haver vedação a que se conclua contrato de prestação de serviços em que se vincule obrigação de resultado e não apenas obrigação de meio. Neste caso, o contrato permanece como prestação de serviços, não se desvirtuando- para empreitada.

Na prestação de serviços, por sua vez, o objeto do contrato é, portanto a atividade da pessoa como tal e não a eventual obra que dela decorra. A atividade do devedor, o serviço prestado, é objeto imediato do negócio firmado, ainda que vinculado a determinado resultado¹⁶⁰. A principal dificuldade na distinção surge, pois todo serviço se presta para realizar algo a alguém. Não há serviço sem vinculação pelo menos mediata com determinado resultado. Nesse sentido, por exemplo, ao tratar das

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 278. Esse ponto, contudo, é longe de ser assente na doutrina nacional. Vide, por exemplo, que Teresa Ancona Lopez defende o conceito de obra apenas em sua acepção material LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 242.

¹⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 277.

¹⁵⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁰ *Idem, Idem*, p. 277.

limitações à ausência ou despedida do prestador de serviços, o artigo 602 do Código Civil faz referência expressa à contratação por tempo certo ou obra determinada. Ora, a contratação dá-se por tempo certo ou mesmo por obra determinada, porque aquele que contrata serviço quer também que alguma modificação no mundo dos fatos se produza. Entretanto, o prestador não deve a obra, mas o seu trabalho enquanto a obra está a se produzir. Como antecipado, o melhor critério distintivo parece residir nas obrigações que se encontram recobertas pelo contrato. O dono da obra, como credor da empreitada, contrata uma série de fazeres que preparam o adimplemento do contrato, o qual se configura a partir de um dar, qual seja a entrega da obra¹⁶¹. Não há adimplemento do contrato de empreitada e consequente liberação do devedor enquanto não houver a entrega da obra. O tomador do serviços, por sua vez, contrata um ou mais fazeres que se consideram adimplidos com o mero fazer. Não há nenhuma entrega do bem ao final de processo formativo de fazeres. A parte deve a prestação do serviço, ainda que este se conecte a resultado positivo (obrigação de resultado). Em suma, ainda que na empreitada se tenha uma série de fazeres, estes sempre culminam em um dar, ao passo que na prestações de serviços tem-se apenas o fazer.

Ainda que não tão tormentosa quanto à distinção entre empreitada e prestação de serviços, para se dar precisos contornos ao âmbito normativo da empreitada, impende seja aqui feita a separação entre esta e a compra e venda. Como se sabe, o artigo 610 do Código Civil determina que o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. O ponto de contato entre os tipos contratuais surge nos casos em que a empreitada pressupõe o fornecimento pelo empreiteiro dos materiais. Poder-se-ia pensar em diversos casos de qualificação problemática. Para ilustrar, citam-se aqui três exemplos representativos da controvérsia. Num primeiro caso, pensa-se em contrato de construção de edifício de apartamentos, em que todos os materiais (tijolos, cimento, ferro, brita, areia, etc.) são adquiridos pelo empreiteiro e, ao final, este entrega ao credor o prédio pronto. Em uma segunda situação, poder-se-ia imaginar o caso de advogado que se dirige a determinado alfaiate para contratar a feitura de um terno. Este (o advogado), adquire os tecidos à sua escolha, a linha, os botões, volta ao alfaiate por diversas vezes para tirar suas medidas, o qual costura, e, ao final, entrega-lhe um terno como encomendado. Em terceira hipótese, este mesmo

¹⁶¹ Conforme a classificação dos contratos em sua relação entre tempo e adimplemento aventada na primeira parte do presente trabalho.

advogado dirige-se a um *shopping center* da cidade em que reside, nele ingressa em loja de roupas masculinas, na qual escolhe um dos ternos ali existentes, paga o preço e recebe o terno. Nos três casos, têm-se a entrega de produto ao credor, contudo a distinção entre a compra e venda (no terceiro caso) e a empreitada (nos dois primeiros) encontra-se novamente vinculada ao critério antes exposto. Na empreitada, contratam-se sempre fazeres que culminam em uma obrigação de dar. A preponderância no contrato de empreitada, portanto, não é a aquisição dos materiais, mas a atividade do empreiteiro que com eles lavora para a produção da obra¹⁶². O empreiteiro não vende tijolos, linha ou botões, mas o resultado do seu labor com estes materiais para criar algo, a obra. A própria compra e venda por catálogo não desvirtua a sua natureza¹⁶³. Tem-se bem genérico, fungível, que teve apenas de ser fabricado. O cerne da contratação, todavia, não é a produção do bem, a atividade do vendedor que cria algo inexistente a partir de seu trabalho com entrega ao final. O que se contratou, neste caso, foi apenas a transferência patrimonial do bem. Ou seja, no primeiro e segundo caso, contratou-se a atividade do construtor e do alfaiate para produzir determinada obra material, entregue finda a obrigação de fazer. No terceiro, contratou-se exclusivamente a transferência patrimonial do terno.

2.2. ALOCAÇÃO DE RISCOS E A ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Como antecipado, o contrato de obra pressupõe em si uma distensão temporal entre o momento da formação e o do adimplemento, da *solutio* final do contrato com a entrega da obra. Neste ínterim, no entanto, é comum o surgimento de percalços que venham a danificar a obra que o empreiteiro está fazendo para o comitente. Seguindo a divisão estabelecida no artigo 610 entre empreitada de labor e empreitada mista, o Código Civil distribui os riscos em consonância com a máxima dos direitos

¹⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* Tomo XLIV, p. 385.

¹⁶³ "Se o interessado em adquirir o bem fabricado escolhe conforme catálogo, o bem é fungível: há - de regra - compra-e-venda de bem genérico. Não importa se o vendedor não tinha, no momento, o que vender e teve de fabricar, ou encomendar a terceiro." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* Tomo XLIV, p. 385.

obrigacionais de que *res perit domino*, conectando-a às consequências da mora e da culpa¹⁶⁴.

Nesse sentido, o artigo 611 do CC/2002, estabelece que, na empreitada mista, isto é, quando o empreiteiro fornece os materiais, os riscos na consecução da obra correm por si até o momento da sua entrega a contento de quem a encomendou. Ou seja, *res perit domino*. Sendo o empreiteiro o proprietário dos materiais que está empregando na sua atividade ou pelo menos sendo sua a obrigação de fornecê-los, é ele quem assume o risco de eventuais perdas (parciais ou totais). Havendo mora do comitente, todavia, opera-se a inversão da responsabilidade, transferindo a este, o credor da prestação, os riscos de que possíveis eventos danosos venham a ocorrer sobre a obra. Seguindo a mesma lógica, o artigo 612 do CC/2002 define que na empreitada de labor, todos os riscos correrão por conta do dono. Novamente, opera-se a mesma máxima *res perit domino*. Sendo o dono da obra, o dono também dos materiais, os riscos de que algo sobre estes venha a ocorrer são seus. Ressalva-se, obviamente, a responsabilidade do empreiteiro que por culpa os inutilizar (conforme regra do artigo 617 do CC/2002).

De maior interesse para o presente estudo, contudo, são as demais regras que distribuem os riscos contratuais em temas não diretamente relacionados aos dos materiais empregados na obra. O contrato de empreitada presume em toda a sua estrutura uma assimetria no plano técnico. O empreiteiro é presumidamente quem detém a *expertise* do negócio de confecção da obra para o qual foi contratado¹⁶⁵. Seja o alfaiate, seja o construtor, seja o programador de *software*, quando contratados para fazerem a obra, o são exatamente por esta experiência técnica. O contrato é entre privados, iguais sob o ponto de vista normativo, mas a lei leva em consideração a desigualdade de conhecimento técnico que move à contratação para conformar a álea normal do contrato no sentido de colocar maior "peso" ao empreiteiro nas obrigações contratuais. Assim, por exemplo, o artigo 613 do CC/2002 dispõe que em uma empreitada de labor, se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, escusando-se apenas se provar que a perda decorreu de defeito dos materiais, já apontada por si anteriormente. Parte da premissa, portanto, "de que o empreiteiro deve, obrigatoriamente, ter conhecimento técnico para realização do

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 370.

¹⁶⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 208.

trabalho, o que inclui a escolha e/ou avaliação do material a ser empregado na obra, inclusive no que tange à sua qualidade e quantidade"¹⁶⁶. No mesmo sentido, o artigo 615 em sua segunda parte estabelece o dever do empreiteiro seguir estritamente tanto os planos existentes, as instruções dadas pelo dono da obra quanto "as regras técnicas em trabalhos de tal natureza". Desrespeitadas estas, pode o comitente negar-se ao recebimento da obra ou mesmo requerer abatimento no preço fixado. Caminha ainda no mesmo sentido a disposição do artigo 618 do Código Civil, que fixa a responsabilidade do empreiteiro de construções pela solidez e segurança do trabalho prestado durante cinco anos, assim em razão dos materiais fornecidos, como do solo sobre o qual edificou a obra.

Na tentativa de mitigar o risco assumido pelo empreiteiro em se afastar das melhores técnicas ou mesmo dos interesses do credor no curso da feitura da obra, o artigo 614 do Código Civil regra a possibilidade de verificação "em partes". Isto é, podendo ser a empreitada fracionada em partes distintas ou medidas, pode o empreiteiro exigir que se faça a verificação e, conseqüentemente, o pagamento na proporção de que se for executado o contrato, dividindo com o dono da obra a obrigação na conferência dos rumos tomados na execução do trabalho. Vê-se que, nesse ponto, ainda que a responsabilidade pela fiel execução da obra seja do empreiteiro, fraciona ele o risco que, regra geral, ficaria concentrado ao final da execução.

Inserindo a empreitada no âmbito daqueles contratos em que o elemento tempo empresta a possibilidade de alterações supervenientes das circunstâncias, vindo a modificar a relação contratual de fato (e não propriamente o contrato), o legislador brasileiro estabeleceu regras específicas mantendo a mesma *ratio* protetiva do comitente como pano de fundo. As principais regras neste tocante encontram-se nos artigos 619, 620 e 621 do Código Civil, devendo ser interpretadas em conjunto. Sua textualidade determina:

Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

¹⁶⁶ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 302.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

Art. 620. Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada.

Art. 621. Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.

Parágrafo único. A proibição deste artigo não abrange alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada.

Em que pese as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, a lógica que perpassa os três dispositivos é aquela que já constava do artigo 1.246 do Código Civil de 1916¹⁶⁷, sobre o qual dizia SERPA LOPES tratar-se de forma de "evitar uma surpresa ao dono da obra encomendada, e assegurá-lo contra qualquer ato de má-fé por parte do construtor, visando, não a perfeição do trabalho, senão lucrar à custa da inexperiência do comitente"¹⁶⁸. Ou seja, a fim de encerrar qualquer pretensão predatória por parte do empreiteiro, restringiram-se as possibilidades de alteração do contrato a partir do estabelecimento do parâmetros mais cerrados ao *pacta sunt servanda* como regra geral para o contrato de obra: acertado determinado preço de um lado (seja ele pela integralidade da obra, seja por cada uma das partes que o compõe) e de outro uma obra a ser feita segundo instruções mais ou menos precisas, estes são inalteráveis. Mesmo a referência à possibilidade de modificação quando de instrução do dono da obra ou à sua aquiescência em nada altera a regra: o pacto permanece hígido até que a vontade das partes venha a alterá-lo. Sequer a regra criada a título de exceção no parágrafo único do artigo 619 muda o panorama traçado ao abrir a possibilidade de revisão do preço na ausência de autorização escrita do dono da obra quando este,

¹⁶⁷ Dizia o referido artigo: Art. 1.246. O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que os dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se argumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

¹⁶⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 208.

presente à obra, não pudesse ignorar as modificações feitas. Trata-se simplesmente de assentimento tácito às modificações feitas à pactuação originalmente estipulada¹⁶⁹.

Também no próprio "temperamento" dado o princípio da obrigatoriedade dos contratos, o artigo 620 reflete novamente o mecanismo protetivo do comitente acima referido: dá a este o direito de rever o preço no caso da diminuição do preço do material e da mão de obra em montante superior a um décimo do preço global. Veja-se que aqui não há referência bilateral: o direito é do dono da obra e não do empreiteiro, uma vez que "pressupõe-se que o empreiteiro tenha experiência suficiente para se proteger contra variações futuras em seus custos"¹⁷⁰.

Em face destas regras voltadas à proteção do dono da obra com o deslocamento de grande carga aleatória do contrato de obra para o empreiteiro, passou a surgir a discussão acerca do impacto da alteração superveniente das circunstâncias sobre o contrato de empreitada. Seria possível a aplicação dos artigos que dispõem sobre a revisão do contrato ou mesmo resolução por excessiva onerosidade superveniente em face de tais dispositivos restritivos? Isto é, no conflito normativo entre os dispositivos da parte geral dos contratos e os dispositivos acima referidos, há uma imposição ao empreiteiro de suportar os efeitos de toda e qualquer alteração superveniente das circunstâncias?

Como narra CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "[o] que o princípio do Código Civil consagra é a regra velha, vinda de nosso direito anterior, que presumia os arquitetos e construtores mestres conhecedores de seu ofício, razão por que não lhes era lícito invocar o benefício da rescisão por lesão ("Ordenações", Livro IV, Tít. 13, § 8º, Carlos de Carvalho, "Consolidação", art. 1.236), nem se admitia que alterassem as condições com base em falta de previsão"¹⁷¹. Em linhas gerais, a mesma regra encontrava-se também no artigo 2.760 do Esboço, que dispunha: "a pretexto de ter encarecido o preço dos materiais ou da mão-de-obra, ou sob qualquer outro pretexto que não seja a mudança do plano primitivo, ou aumento da obra encomendada, por

¹⁶⁹ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Op. cit.*, p. 330; LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao código civil: parte especial - das várias espécies de contratos, vol. 7 (arts. 565 a 562)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 303.

¹⁷⁰ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Op. cit.*, p. 334.

¹⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Empreitada - Cláusula de revisão do preço - reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda*. In: *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*, vol. 6. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 46.

autorização expressa do autor da encomenda, o empreiteiro não poderá exigir mais do que o preço ajustado"¹⁷². Veja-se que, em sua segunda parte, já havia interessante ressalva que dispunha não ser esta disposição aplicável "aos empreiteiros construtores, nem às empreitadas cujo preço não foi determinado ao tempo do contrato, ou foi apenas orçado"¹⁷³. Em que pese as alterações no texto e a supressão da parte final do dispositivo quando da elaboração do Código Civil de 1916, com o desenvolvimento da doutrina narrado no capítulo primeiro e a paulatina recepção de teorias que viessem a mitigar a rigidez do *pacta sunt servanda* a discussão acerca do impacto da alteração superveniente das circunstâncias alcançou também os doutrinadores que escreveram sob a égide daquele Código.

CLÓVIS BEVILÁQUA, em seus comentários, já expunha que uma vez formado o contrato com o preço fixado, não se poderia alterá-lo "sob o fundamento de que tenha aumentado o preço dos salários ou dos materiais, salvo casos, em que a situação se tenha alterado, consideravelmente"¹⁷⁴. Veja-se que, embora tímida, a ressalva é importante. A possibilidade de aceitação de aplicação da teoria da excessiva onerosidade superveniente ou mesmo da quebra da base objetiva encontra na alteração considerável aventada pelo autor suas primeiras repercussões. SERPA LOPES, por sua vez, aceitava de maneira expressa a possibilidade de revisão, à época ainda com base na teoria da imprevisão. O entendimento esposado pelo autor, aliás, traz sólido fundamento à linha que se vem apresentando. Explicava o doutrinador que o fundamento da regra legal era impedir que qualquer alteração nos preços dos materiais e da mão de obra viesse a impactar sobre o preço da obra, todavia, isso não significaria que a álea jurídica assumida pelo empreiteiro fosse ilimitada¹⁷⁵. A regra do 1.246, assim, seria meramente expletiva daquilo que para os demais contratos já se encontrava implícito.

Não obstante, PONTES DE MIRANDA, por exemplo, era enfático ao afirmar que em face do art. 1.246 "afasta-se a cláusula legal *rebus sic stantibus*"¹⁷⁶, ressaltando às partes o direito de inserir disposição contratual que viesse a albergar essa possibilidade¹⁷⁷. Ou seja, a regra legal era expressa em vedar a possibilidade de revisão

¹⁷² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, p. 446-447.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 447.

¹⁷⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 351.

¹⁷⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLIV, p. 407.

¹⁷⁷ Questão tratada hoje sob o tema da cláusula de *hardship*.

ou resolução por conta da alteração superveniente das circunstâncias. Essa regra, contudo, era *ius dispositivum*, permitindo às partes que de forma diversa dispusessem.

Atualmente, a doutrina parece ser assente em acolher a possibilidade de aplicação do direito de resolução por excessiva onerosidade superveniente no âmbito dos contratos de empreitada. A fundamentação, entretanto, é diversa. TERESA ANCONA LOPEZ, por exemplo, estabelece que a "lei não pode dar guarida à ruína do empreiteiro, pois o ato de construir gera empregos e tributos, garante o sustento de famílias e é extremamente útil e necessário como atividade empresarial"¹⁷⁸. Sustenta assim, a "conciliação" dos "princípios aparentemente antagônicos" a partir da aplicação do princípio da função social constante do artigo 421 do CC/2002¹⁷⁹. NANCY ANDRIGHI e SIDNEI BENETI, por sua vez, voltando aos ensinamentos de ORLANDO GOMES, aduzem em seus comentários que o direito brasileiro repudia a ideia que uma parte possa ser levada à ruína pelo simples cumprimento do contrato, pois, se essas fossem as condições originalmente existentes, o pacto jamais teria sido celebrado. Assim, presentes os requisitos do artigo 478 do CC/2002, admitem expressamente o pedido de revisão do contrato (diga-se de passagem, invertendo a ordem legal)¹⁸⁰. LAURA CORADINI FRANTZ, analisando os dispositivos em comento a partir de interpretação teleológica do artigo 620, traz a recepção da teoria da base objetiva no âmbito da empreitada. Nesse sentido, seria do *telos* da regra legal a manutenção do contrato com o respectivo equilíbrio contratual, possibilitando, assim, também ao empreiteiro requerer a revisão do contrato supervenientemente desequilibrado. Por estar calcada na teoria da base objetiva, seria despicienda a referência ao artigo 478, bem como a prova do requisito da imprevisibilidade¹⁸¹.

Diante desse quadro, a orientação esposada por SERPA LOPES anteriormente parece-nos permanecer ainda a mais acertada. Para além de fugir para o âmbito de princípios e regras outras, trazendo para dentro do conflito de regras já existente novos princípios que possuem espaços normativos absolutamente diversos, pôs o autor luzes sobre o enfoque correto dentro da questão. As regras que transferem o ônus de previsão ao empreiteiro por conta de sua *expertise* na seara do negócio celebrado não são

¹⁷⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 308.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 308.

¹⁸⁰ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Op. cit.*, p. 331-332.

¹⁸¹ FRANTZ, Laura Coradini. *Op. cit.*, p. 171-173.

fundamento suficiente para transformar a sua prestação em aleatória. O contrato de empreitada é contrato comutativo e, nesse sentido, ainda que a carga de previsão por parte do empreiteiro seja maior, a possibilidade de que eventos imprevisíveis e extraordinários venham a tornar a sua prestação excessivamente onerosa permanece.

Por fim, cumpre referir ainda duas regras legais acerca da excessiva onerosidade estipuladas pelo Código Civil para dar conta das peculiaridades dos contratos de empreitada. A primeira delas encontra-se no já referido artigo 621, o qual em sua segunda parte permite ao empreiteiro introduzir modificações no projeto por ele pré-aprovado caso por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária. Conforme narra TERESA ANCONA LOPES, principalmente na área de engenharia, é comum que uma empresa seja contratada pela a elaboração do projeto (a chamada projetista) e outra, a empreiteira (ou construtora), seja contratada com o fito de executar o projeto, transformando os cálculos e plantas em prédios¹⁸². Trata-se, aqui, de regra ligada à manutenção do equilíbrio contratual a partir da própria exequibilidade da obra. Isto é, "[r]azões de ordem técnica e que visem à segurança da obra justificam a inconveniência se seguir à risca determinado projeto, justificando a introdução de alterações, mesmo que sem a anuência do projetista"¹⁸³. Note-se que não há a menção a que a excessiva onerosidade decorra de fatos supervenientes e imprevisíveis. Nesse sentido, é suficiente a comprovação de que a execução do projeto em sua forma originária custaria muito mais do que o planejado e, se conhecido à época da contratação obstaría, inclusive, que o empreiteiro firmasse o contrato nas bases sob as quais assentou¹⁸⁴. Outrossim, admite-se mesmo "a alteração do projeto ainda que os problemas de ordem técnica já existam quando da concepção ou da entrega do projeto"¹⁸⁵. Tutela-se, novamente, o limite do sacrifício que pode ser exigido do devedor da prestação de obra.

A segunda destas regras, encontra-se no inciso II do artigo 625, o qual traz as possibilidades de "suspensão" da execução da obra pelo empreiteiro quando no decorrer

¹⁸² LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 313-314.

¹⁸³ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Op. cit.*, p. 337. Neste ponto a doutrina, enxergando o requisito da inconveniência com cautela, trata-o em conjunto com as razões de ordem técnica, a fim de que as alterações contratuais não fiquem a cabo da mera subjetividade do empreiteiro.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 337-338.

¹⁸⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 315.

da execução do contrato forem vislumbradas dificuldades imprevisíveis ligadas a motivos de ordem técnica (causas geológicas, hídricas ou semelhantes) que tornem a empreitada excessivamente onerosa. Havendo a recusa do dono da obra em reajustar os preços, surge o direito do empreiteiro de interromper os trabalhos (suspender a obra). Interessante observar que, neste caso, a ordem legal estipulada nos artigos 478 e 479 (resolução com a possibilidade de revisão) inverte-se: o empreiteiro propõe revisão, havendo a recusa por parte do comitente, há direito de interrupção da obra e resolução do contrato. Ressalte-se que os problemas hídricos, geológicos ou semelhantes devem ser imprevisíveis, alinhando-se aqui novamente o requisito da teoria da excessiva onerosidade acolhida no artigo 478 do Código¹⁸⁶. Cumpre referir ainda que a proposta de reajuste feita pelo empreiteiro ao comitente encontra limites nos parâmetros da boa-fé objetiva, isto é, os valores pleiteados devem ser valores dentro daqueles aplicados no sistema contratual e no mercado, sob pena de se incorrer em uso disfuncional de direito¹⁸⁷.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 330.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 331.

CONCLUSÕES

A regra chave do direito contratual brasileiro é e permanece sendo aquela da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Os contratos vinculam e, assim, devem ser respeitados uma vez perfeitos. A celebração do contrato nos termos e na forma em que é feito, contudo, leva em conta determinadas limitações subjetivas e objetivas, as quais conformam o equilíbrio contratual delineado pelas partes. Interferir neste equilíbrio, portanto, é sempre atividade invasiva e, portanto, excepcional. Hoje, entretanto, não mais encontra guarida em nosso ordenamento uma intangibilidade daquela vontade contratual originalmente emanada pelos contratantes. A evolução da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* culminou no Brasil com a recepção expressa pelo Código Civil de 2002 da teoria da excessiva onerosidade superveniente em dois momentos diferentes. No primeiro deles, como se viu, tem-se no artigo 317 a possibilidade de revisão da prestação que, por motivos imprevisíveis, tem seu valor alterado, mudando aquilo que originalmente fora pactuado. Em segundo momento, na teoria geral dos contratos, possibilitou-se a resolução do contrato quando diante de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários que venham a desequilibrar a comutatividade originalmente estatuída pelas partes, tornando a prestação do devedor excessivamente onerosa com extrema vantagem ao credor (requisito este bastante criticado pela doutrina). Ressalvando-se a possibilidade de redução equitativa no artigo 479, o Código Civil buscou dar guarida, simultaneamente, aos interesses tanto do devedor lesado quanto do credor que não contribuiu para que a alteração superveniente das circunstâncias viesse a impactar sobre o pacto da maneira ocorrida.

Essas regras aplicam-se à generalidade dos contratos. Assim, presentes os requisitos estatuídos no Código é possível que a parte pleiteie a intervenção judicial para reequilibrar ou mesmo extinguir o contrato atingido pelos efeitos corrosivos do tempo. Cada tipo contratual, no entanto, guarda em seu bojo álea normal que é específica àquele tipo de negócio. Ainda que as partes possam vir a alterar essa estrutura normal legalmente estabelecida, os tipos estabelecidos no Código possuem regras indicativas daquilo que normalmente acontece dentro de cada operação negocial. Demonstrou-se, assim, em breve apanhado histórico-conceitual que o âmbito do contrato de empreitada é de sinuosa definição no direito brasileiro. Ainda que os autores não divirjam expressamente, as definições dadas ao contrato de empreitada ora ligam-se

aos conceitos de outros ordenamentos, ora vinculam-se a regramentos que não mais retratam a realidade do contrato no Código Civil brasileiro.

Diferentemente daquilo que ocorre em outros ordenamentos, destarte, o contrato de empreitada, em nossa ordem jurídica, é contrato pelo qual uma parte promete à outra a realização de uma obra mediante remuneração e sem subordinação, com ou sem o fornecimento de materiais. Nesse sentido, o contrato de empreitada no ordenamento brasileiro é contrato de obra e não contrato pelo qual se promete qualquer resultado a partir do trabalho. Atento à realidade deste contrato de obra, em que o empreiteiro detém a *expertise* do negócio na realização da obra, o legislador deslocou grande carga aleatória à prestação por esse assumida. Os artigos 619, 620, 625 entre outros, dão conta dessa realidade fazendo com que o empreiteiro assumia maiores obrigações na estrutura contratual por conta de sua posição técnica. Essa alocação de maior carga de risco fez com que por algum tempo se discutisse inclusive a natureza comutativa do contrato de empreitada. É hoje consensual na doutrina, todavia, que o contrato é comutativo e ainda que o regramento legal estabeleça maiores riscos ao empreiteiro, sua prestação permanece é definida dentro de quadro limitado de aleatoriedade.

Como contrato comutativo, de execução continuada ou diferida, remanesce a possibilidade de que eventos imprevisíveis e extraordinários venham a tornar a prestação de umas das partes excessivamente onerosa. Desse modo, é plenamente aplicável aos contratos de empreitada as regras que disciplinam a excessiva onerosidade superveniente em geral. A antinomia entre as regras específicas do tipo e as gerais das obrigações e dos contratos é, portanto, apenas aparente, não impedindo que a parte prejudicada pelo desequilíbrio contratual causado dentro dos requisitos legais venha a pleitear a sua aplicação no caso.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (parecer) Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço de mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

COMIRAN, Giovana Cunha. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: *Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paolo Grossi*. Org: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. 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. Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 378-400.

FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München: Beck, 1980.

_____. Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil. München: Beck, 1967.

LOPEZ, Teresa Ancona. Comentários ao código civil: parte especial - das várias espécies de contratos, vol. 7 (arts. 565 a 562). São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINHO, Josaphat. Parecer final nº 749, de 1997, p. 35. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=57207&tp=1>; acessado em 03.11.2013 às 11h06min.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1.

_____. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista de arbitragem e mediação, n. 25, Ano 7, abr.-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 11-39.

_____. A concha do marisco abandonada e o nomos: (ou os nexos entre narrar e normatizar). In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

_____; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. In: Revista de Arbitragem. Belo Horizonte: ano I, n. 2, jul./dez, pp. 63-113.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Arbitragem e revisão contratual: entre autonomia e heteronomia. 2011. Dissertação de mestrado - UFRGS.

_____. Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração. Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC). São Paulo: 2012, vol. 50, p. 135-159.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. Modificações na relação contratual no Código Civil Brasileiro de 2002: lesão e resolução por onerosidade excessiva sob análise do direito comparado. In: Grundmann; Baldus; Herzog; Lebre de Freitas; Marques. (Org.). Rechtssystem und Juristische Person - Sistema Jurídico e Pessoa Jurídica. 1ed. Baden-Baden. Alemanha: Nomos Verlag, 2012, p. 55-77.

OPPO, Giorgio. I contratti di durata. Rivista di diritto commerciale. Milano: Vallardi, 1943.

OSTI, Giuseppe. Clausola "rebus sic stantibus". In: Novissimo Digesto Italiano. 3 ed. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1964, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Empreitada - Cláusula de revisão do preço - reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda. In: Doutrinas essenciais obrigações e contratos, vol. 6. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1970, tomo III.

_____. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984, tomo XXV.

_____. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984, Tomo XLIV.

_____. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984, Tomo XLVII.

PUGLIESE, Giovanni. Locatio-conductio. In: Derecho romano de obligaciones. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Fonte das obrigações: Contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1983.

WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.