

Revisão dos contratos com finalidades diversas segundo o ramo do direito a que pertencem

Nestor Duarte¹

A origem do contrato é incerta, tomando-se, porém, como ponto de partida, o Direito Romano ⁽²⁾, o contrato formal e de uso ordinário foi a “stipulatio” ⁽³⁾, cuja mais antiga forma era a “sponsio” (Spondes mihi dare certum? Spondeo).

Distingue-se, no Direito Romano, o pacto do contrato, mas essa diversidade assim como as formalidades e solenidades não sobreviveram às guerras púnicas e se tornaram frequentes as relações entre “cives” e peregrini”. Posteriormente surgiram novas figuras para atender às necessidades da vida econômica, abrangendo atos bilaterais de uso frequente (contractus re, verbis, literis, consensu). Nessa mesma linha obrou o pretor, suprimindo as lacunas do ordenamento, dando lugar a normas menos rigorosas e mais simples, abrindo espaço para a definição que veio exarar Pothier ⁽⁴⁾ e que inspirou o Código Napoleão (art. 1101). No

1 Ex-procurador do Estado de São Paulo, Desembargador de Justiça do Estado de São Paulo e professor associado da Universidade de São Paulo - USP

2 Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano – Manual de Direito Romano – vol. I – pag. 274 – Saraiva – São Paulo, 1957: “Tôda a evolução do sistema contratual romano se deve considerar como a árvore genealógica das modernas figuras contratuais”

3 Bonfante, Pietro – Instituzioni di Diritto Romano – pag. 374 – Dott. A. Giuffrè Editore – Milano, 1987.

4 Oeuvres de Pothier – tome deuxième – pag. 4 – Cosse et Marchal – Henri Plon – Paris, 1861: “Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier: Duorum vel plurium in idem placitum consensus. L. 1, § 1, ff. de Pact. Domat, p. 1, l. 1. tit. 1. L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque

correr do tempo, verificou-se uma progressiva ampliação do conceito de contrato, abarcando novas categorias, além do contrato obrigacional, e atingindo outras esferas do Direito ⁽⁵⁾, como a do Direito Público ⁽⁶⁾.

Qualquer que seja sua configuração, porém, ressalvado o pensamento dos que admitem contratos de natureza não patrimonial, o contrato se presta aos mais diversos fins da atividade econômica, mediante a composição de interesses opostos ⁽⁷⁾.

A composição dos interesses opostos, à sua vez, está limitado pelas regras particulares de cada ramo do Direito em que se situa e em especial por normas de ordem pública.

É regra fundamental, em qualquer vertente, que as obrigações assumidas devem ser fielmente cumpridas ⁽⁸⁾, ancorada na expressão “*pacta sunt servanda*”. Todavia, “esse princípio mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que não lhe mutilam a substância”, conforme Orlando Gomes ⁽⁹⁾, de modo que, em determinadas circunstâncias, a força obrigatória do contrato pode ser atenuada, até pela autoridade judicial.

Dois são os fundamentos para o abrandamento daquele princípio, que é o da força obrigatória dos contratos, comumente invocados: uma

engagement, est celle qu'on appelle Contrat. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit. Ceux qui seront curieux de les connaître, pourront consulter le titre de *Pactis*, dans notre ouvrage sur les *Pandectes*, ou ils sont détaillés. De là il suit que, dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définissent les interprètes du droit romain, *Conventio nomen habens à jure civili vel causam*; mais qu'on le doit définir, “une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose.”

5 Galvão Telles, Inocência – Manual dos Contratos em Geral – pág. 35 – Wolters Kluwer – Coimbra Editora – Coimbra, 2010.

6 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo – pág. 254 – 24ª edição – Atlas, São Paulo, 2011.

7 Messineo, Francesco – Manual de Derecho Civil y Comercial – tomo IV (traducción de Santiago Sentis Melendo) – pág. 433 – Ediciones Jurídicas Europa – America – Buenos Aires, 1979.

8 Alvim, Agostinho – Da Inexecução das Obrigações e sua Consequências – pág. 5 – 4ª edição – Saraiva – São Paulo, 1972.

9 Gomes, Orlando – Contratos – pag. 39 – 12ª edição – Forense – Rio de Janeiro, 1991.

antiga proposição do Direito Canônico, denominada cláusula “rebus sic stantibus” e a teoria da imprevisão. Aglutina-os Paulo Carneiro Maria, afirmando que “a cláusula “rebus sic stantibus” constitui antiga aspiração, que o direito medieval sancionou e as primeiras codificações acolheram; tendo entrado em declínio, no período do liberalismo, ressurgiu, nos tempos atuais, como a moderna teoria da “imprevisão” (10).

O antecedente próximo, em que se buscou justificar a exceção à força obrigatória dos contratos, situa-se no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial, dados os acontecimentos extraordinários que impediam o cumprimento das avenças (11).

Admitida, pois, a teoria da imprevisão, passou a integrar o direito positivo e, na legislação brasileira, podem-se mencionar três inserções, cujos motivos, entretanto, não coincidem e, por isso, as soluções não podem ser as mesmas.

O Código Civil de 2002 disciplinou a matéria no artigo 317, que confere ao Juiz a prerrogativa de corrigir os contratos quando, “por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução”; também facultou a resolução do contrato: “*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*

10 Maia, Paulo Carneiro – Da cláusula rebus sic stantibus – pag. 263 – Saraiva – São Paulo, 1959.

11 Gomes, Orlando – ob. cit. – pág. 39 – “A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários que revelaram a injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos. Após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes. Na França, o Conselho de Estado admitiu, então, relativamente a contratos de concessão de serviço público, que seu conteúdo poderia ser revisto, desde que novas circunstâncias, fora de toda previsão, houvessem determinado, para o cumprimento das obrigações, tamanha onerosidade que a sua execução importasse a ruína econômica do devedor. A lei *Failliot*, de 21 de maio de 1918, embora de emergência, consagrou, de modo nítido, o princípio da revisão, dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração. Esse diploma legal constitui marco decisivo na evolução do pensamento jurídico no tocante à questão da força obrigatória dos contratos, uma vez que consagra a ideia nova da imprevisão.”

extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação” (art 478). A resolução, todavia, pode ser evitada, “oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato” (art. 479).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/9/1990) inclui, entre os direitos básicos do consumidor, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V).

No campo do Direito Público, a Lei 8.666, de 21/6/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, admite a alteração dos contratos por ela regidos, com as devidas justificativas, por acordo das partes, “*para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*” (art. 65, II, “d”).

Desde logo se vê que, no âmbito privado, o a que se refere é a **revisão** do contrato, enquanto a Lei 8.666/93 se refere à **alteração**. As revisões previstas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor permitem a intervenção judicial, ao passo que a Lei 8.666/93 exige o acordo das partes.

Mesmo no âmbito privado, nas relações de consumo as revisões só podem beneficiar o consumidor e não o fornecedor, que assume integralmente os azares econômicos. Além disso, não exige o Código de Defesa do Consumidor que o fato superveniente seja imprevisível ⁽¹²⁾.

12 Marque, Cláudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor – pág. 783 – 4ª edição – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002: “Prevê ainda o inciso V do art. 6º do CDC a possibilidade da revisão judicial da cláusula de preço, que era equitativa quando do fechamento do contrato, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se excessivamente onerosa para o consumidor. A onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a esta revisão

Já os contratos regidos pelo Código Civil ou por leis especiais, salvo se contiverem disposição própria, como é o caso da locação (Lei 8.245/91 – art. 19), para serem revistos ⁽¹³⁾ ou resolvidos ⁽¹⁴⁾, demandam aconte-

judicial é unilateral, pois o art. 6º do CDC institui direitos básicos apenas para o consumidor. A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.”

- 13 Bdine Jr., Hamid Charaf – Código Civil Comentado (Coordenador Min. Cezar Peluso) – pag. 303 – 6ª edição – Manole, Barueri, 2012 – “O dispositivo em exame estabelece os requisitos necessários para essa intervenção: a) os motivos devem ser imprevisíveis, mas não há exigência de que sejam extraordinários, como ocorre no art. 478; b) a desproporção entre a prestação devida deve ser manifesta, isto é, deve ser suficientemente expressiva e estar identificada. Essa desproporção deve ser verificada levando-se em conta as prestações; ou seja, o critério é objetivo, não sendo possível a adoção de um critério puramente subjetivo, que leve em conta a desproporcionalidade e a imprevisibilidade do ponto de vista de quem está obrigado ao cumprimento da prestação, como ocorre com a hipótese prevista no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor; c) o reequilíbrio do valor da prestação deve ser postulado pela parte, sendo vedado ao juiz implementá-lo de ofício; d) a existência de uma relação obrigacional duradoura, sucessiva ou mesmo instantânea, desde que com o adimplemento parcelado; e e) os acontecimentos que geraram o desequilíbrio não podem ser imputáveis ao lesado.”
- 14 Rosenvald, Nelson – Código Civil Comentado (Coordenador Min. Cezar Peluso) – pag. 543 – 6ª edição – Manole, Barueri, 2012 – “A resolução contratual pela onerosidade excessiva requer a coexistência de três pressupostos: a) Estipulação de um contrato de duração. Trata-se de contrato de execução continuada ou diferida no tempo. Na execução sucessiva as prestações se fracionam em periodicidade regular (v.g., arrendamento mercantil, empreitada, promessa de compra e venda). Destarte, não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos instantâneos, nos quais há uma coincidência cronológica entre o tempo de celebração e a sua imediata execução (v.g. compra de alimentos em mercado). b) Superveniência de acontecimento extraordinário que gere onerosidade excessiva para uma das partes. O contrato iniciou com respeito ao sinalagma genético, porém uma situação de desequilíbrio econômico irrompeu, transformando drasticamente o panorama contratual. Perceba-se que não se trata de pequenas alterações – que já se inserem nos riscos ordinários das partes –, afinal em toda relação obrigacional pequenas perdas são naturais e se inserem na álea ordinária das partes. O fundamental é que o fato superveniente remeta um dos contratantes ao chamado limite do sacrifício, que corresponde a um brutal rompimento da equivalência originária do pacto. A onerosidade excessiva é restrita ao campo dos contratos comutativos, consubstanciados no prévio conhecimento mútuo das prestações que serão executadas. Assim, afasta-se a sua incidência nos contratos aleatórios (arts. 458 e 459 do CC), em que incide uma incerteza quanto às prestações das partes – ou sobre a sua quantidade –, não sendo possível prever sobre qual delas recairá a álea. c) O acontecimento extraordinário será qualificado por sua imprevisibilidade. A teoria da imprevisão é de cunho subjetivo, na medida em que a admissão da resolução contratual é condicionada à demonstração de que ao tempo da contratação havia total impossibilidade de as partes anteverem o evento extraordinário que conduziria uma delas à onerosidade excessiva, frustrando a justa expectativa no êxito do programa contratual.”

cimentos imprevisíveis e que haja prejuízo grave para uma das partes e ganho excessivo para a outra.

Por fim, a alteração dos contratos regrados pela Lei 8.666/93 não visa remediar prejuízos de qualquer das partes, pois a equação econômico-financeira funda-se, em regra, no resultado de um procedimento licitatório, e há expressa disposição constitucional obrigando a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da CF). Mesmo em contratos firmados com dispensa ou declaração de inexigibilidade de licitação, as condições iniciais devem ser mantidas e se o contratado aquiescer com ganhos reduzidos não poderá, a pretexto de fato superveniente, obter ganhos superiores àqueles que aceitou¹⁵). Em síntese, “o equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento”, conforme ensina Hely Lopes Meirelles¹⁶).

Nota-se, pois, que se os fundamentos da revisão dos contratos são em grande parte coincidentes, seja pela invocação da cláusula “rebus sic stantibus”, seja pela teoria da imprevisão, as finalidades diferem, segundo o

15 Justen Filho, Marçal – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – pag. 775 – 14ª edição – Dialética – São Paulo – 2010: “Assim, em primeiro lugar, não se imagine que os vocábulos indiquem uma igualdade econômica em sentido absoluto. Utilizam-se essas palavras para indicar uma relação de equivalência que se poderia qualificar como *convencional* (para não dizer *arbitrária*). Significa que, para as partes, a extensão dos encargos assumidos é considerada como equivalente à extensão dos benefícios correspondentes. Sob o mesmo enfoque, não há cabimento em afirmar que está respeitado o *equilíbrio* quando a empresa não tem prejuízo. Trata-se da aplicação não técnica do vocábulo. Quando se alude a *equilíbrio econômico-financeiro* não se trata de assegurar que a empresa se encontre em situação lucrativa. A garantia constitucional se reporta à *relação original entre encargos e vantagens do contrato*. O equilíbrio exigido envolve essa contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação. Bem por isso, não há cabimento em investigar o *equilíbrio da empresa*. A situação subjetiva do particular é irrelevante para identificar o conteúdo da equação econômico-financeira. Cada contratação retrata uma relação jurídica diversa, que reflete uma equação específica e determinada entre encargos e vantagens. Por fim, não cabe investigar se a contratação é “equilibrada”, no sentido de produzir lucros satisfatórios e adequados. Tal como acima indicado, o equilíbrio de que se cogita é puramente *estipulativo*. As partes reputam que os encargos equivalem às vantagens, o que não significa que, efetivamente, haja um equilíbrio econômico real, material, de conteúdo.

16 Meirelles, Hely Lopes – Licitação e Contrato Administrativo – pag. 206 – 4ª edição – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.

ramo do Direito a que pertence o contrato: a) nos regidos pelo Código Civil objetiva-se o reequilíbrio dos direitos e obrigações pactuadas, a fim de que não haja onerosidade excessiva para uma e ganhos desmedidos para outra, modificando-se o pactuado inicialmente para adequar-se a novas situações; b) nos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, pretende-se evitar a onerosidade excessiva para o consumidor, sem se importar com os prejuízos do fornecedor; e c) nos contratos com a Administração Pública, busca-se a manutenção das condições iniciais do contrato, sem a preocupação de suprir os ganhos diminutos, que o contratado aceitou, e, principalmente, devem ser mantidas as condições iniciais, reputadas as melhores para a Administração, no momento da celebração do contrato.

