

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

EDUARDO BICHIR CASSIS

REVISÃO JUDICIAL DE CONTRATO DE CESSÃO DE CRÉDITO
DECORRENTE DE PRECATÓRIOS

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2013

EDUARDO BICHIR CASSIS

**REVISÃO JUDICIAL DE CONTRATO DE CESSÃO DE CRÉDITO
DECORRENTE DE PRECATÓRIOS**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de MESTRE em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini.

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

Dedico essa obra ao meu amado filho e amigo, Miguel Araripe Cassis, porque sua existência, em minha vida, garante meus passos no caminho verdadeiro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por sustentar, em meu coração, nos momentos mais tormentosos, as condições necessárias a minha vitória;

Aos meus pais, Nelson Cassis Sobrinho e Zaine Bichir, pelo amor e criação;

À minha esposa, Mariel Abijaude Góes Cassis, pelo suporte, compreensão e paciência;

Aos meus queridos filhos, Miguel Araripe Cassis e Diogo Góes Queiroz, pelo tempo que deixei de brincar para cumprir minhas responsabilidades;

Aos meus amigos, Luís Felipe Belmonte dos Santos e Paula Moreno Paro Belmonte, pela sincera confiança e suporte;

Ao Dr. Carlos Dias Motta, pelo incentivo e amizade e;

Ao Dr. Rogério José Ferraz Donnini, por ter aberto as portas do mundo acadêmico e também pela oportunidade de amadurecimento profissional e pessoal.

RESUMO

Em linhas gerais, o estudo é traçado em duas fases, sendo que a primeira pretende delimitar o objeto partindo da visão geral do Direito Civil até chegar ao objeto central da dissertação: o contrato de cessão de crédito oriundo de precatório; por sua vez, a segunda fase justifica a importância da revisão judicial de tais contratos pela quebra da base do negócio jurídico, superando os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão. A linha de pesquisa respalda-se no Direito das relações sociais, tendo por parâmetro a efetividade do Direito privado e a tutela das liberdades civis, abordando as relações jurídicas privadas e a dignidade da pessoa humana. Aborda-se a transformação no paradigma do Direito Civil, isto é, a despatrimonialização decorrente da funcionalização das relações intersubjetivas. Fruto dessa nova visão toca-se no nascedouro da Teoria da Imprevisão, concluindo-se, mais adiante, que nos dias atuais, para a revisão judicial de contratos, seus requisitos já foram superados. A nova ordem civil constitucional possibilita ao interprete a aplicação direta dos preceitos da Constituição Federal em caráter excepcional, desde que haja lacuna nas normas que compõem o sistema aberto do Direito Civil. Isso porque os princípios e as cláusulas gerais permitem a interpretação do sistema e possibilitam contornos e limites estabelecidos pelo próprio sistema. Os contratos civis decorrem de relações negociais obrigacionais e sustentam o sistema econômico. É que a solidariedade e o dirigismo normativo passaram a integrar as relações econômicas e, por isso, as partes deixaram de possuir interesses antagônicos e passaram a ter necessidade de atuação cooperativa. Com essa visão, a análise se converte aos contratos de cessão de crédito, os quais influenciam na circulação de riquezas, possuindo umbilical relação com a garantia de uma vida digna. Mais precisamente, o estudo aborda a cessão de crédito decorrente de precatório e a sistemática constitucional, recentemente alterada pelo C. Supremo Tribunal Federal. A segunda fase do trabalho parte do contrato de cessão de crédito decorrente de precatório trazendo argumentos que justificam a sua a revisão judicial, preservando o equilíbrio entre as partes, pela utilização das cláusulas gerais e alguns princípios de civil constitucional (autonomia privada, consensualismo, relatividade dos contratos, força obrigatória dos pactos, conservação, solidariedade, igualdade, boa-fé e função social). Com efeito, afasta-se a aplicação da teoria da imprevisão nos dias atuais, pois a revisão do contrato é justificada pela alteração da base do negócio jurídico, sendo que o principal fundamento da revisão deverá estar pautado na função social do contrato. Com essas vertentes, a dissertação justifica seu significado acadêmico e convida o leitor a repensar as velhas formas através de um novo olhar, oxigenado pelo construtivismo crítico e pautado pela linha-mestra da função social dos contratos, tudo no sentido de manter presente o equilíbrio entre as partes contratantes.

Palavras-chave: Direito civil constitucional. Intervenção estatal. Autonomia. Dirigismo contratual. Ordem Pública. Obrigações. Cessão de crédito. Precatório. Revisão. Imprevisão. Cláusulas gerais. Princípios. Quebra da base do negócio jurídico.

ABSTRACT

Generally speaking, the study is outlined in two phases, with the first plan to delimit the object from the overview of Civil law until the central object of the dissertation: the credit transaction contract comes due; in turn, the second stage justifies the importance of judicial review of such contracts by breaking the base of legal business, surpassing the requirements for the application of the theory of oversights. The research supports the right of social relations, resulting in the parameter effectivity of private law and the protection of civil liberties, addressing the private legal relationships and the dignity of the human person. Deals with the transformation in paradigm of Civil law, i.e. the despatrimonialização resulting from the making of intersubjective relations. A result of this new vision in Hatcher, touches of Oversights, in conclusion, further, that in the present day, for the judicial review of contracts, their requirements have already been overcome. The new civil Constitution order allows to interpret the direct application of the provisions of the Federal Constitution in exceptional character, provided that there are shortcomings in the standards that make up the open system of Civil law. This is because the principles and general clauses allow the interpretation of the system and enable contours and limits established by the system itself. Civil contracts negotiating relations are mandatory and sustain the economic system. Is that solidarity and the normative dirigisme have joined economic relations and, therefore, the parties no longer have antagonistic interests and the need to work cooperatively. With this vision, the analysis becomes a credit transfer agreements, which influence the movement of wealth, possessing umbilical relationship with the guarantee of a decent life. More precisely, this study tackles the credit assignment due for payment and the systematic recently amended by constitutional c. Supreme Court. The second phase of the work part of the contract of assignment of credit for payment of bringing arguments for their judicial review, preserving the balance between the parties, for the use of general clauses and principles of constitutional civil (private autonomy, consensus, relativity of contracts, mandatory conservation covenants, strength, solidarity, equality, good faith and social function). Indeed, deviates from the application of the theory of oversights in the present day, since the revision of the contract is justified by changing the base of legal business, being that the main ground of review must be based on the social function of the contract. With these aspects, the dissertation justifies his academic significance and invites the reader to rethink old ways through a new look, oxygenated by critical constructivism and ruled by a line of social function of contracts, all to keep in mind the balance between the Contracting Parties.

Keywords: Civil law constitutional. State intervention. Autonomy. Dirigisme. Public Order. Obligations. Transfer of credit. Precatory. Review. Oversights. General clauses. Principles. Break the base of legal business.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	09
1	A civilização do Direito Constitucional	13
2	Intervenção estatal nas relações civis	39
2.1	Autonomia da vontade.....	40
2.2	Dirigismo contratual.....	43
2.3	Ordem pública.....	47
2.4	Contratos civis: direito das obrigações, evolução contratual e contratos na perspectiva civil-constitucional.....	49
3	Contrato de cessão de crédito	56
3.1	Cessão de crédito.....	59
3.2	Cessão de débito (assunção de dívida).....	65
3.3	Cessão de contrato.....	67
3.4	Cessão de crédito oriundo de precatório.....	68
3.4.1	Função social do contrato de cessão de crédito oriundo de precatório.....	77
4	Revisão judicial dos contratos	87
4.1	Teoria da imprevisão.....	87
4.1.1	Distinções entre cláusula de escala móvel, caso fortuito ou força maior, enriquecimento sem causa, abuso de direito e lesão.....	95
4.2	Base da revisão contratual: cláusulas gerais.....	97
4.3	Algumas observações acerca dos princípios da teoria contratual.....	98
4.4	Inexistência de fatos imprevisíveis e extraordinários.....	106
5	Possíveis teorias que fundamentam a imprevisão e a quebra da base do negócio jurídico	115
5.1	Teoria da pressuposição.....	115
5.2	Teoria da superveniência ou da vontade marginal.....	117
5.3	Teoria do erro.....	118
5.4	Teoria da situação extracontratual.....	118
5.5	Teoria do dever e do esforço.....	118
5.6	Teoria do estado de necessidade.....	119

5.7	Teoria do equilíbrio das prestações ou interesses.....	119
5.8	Teoria da quebra da base subjetiva do negócio jurídico.....	119
5.8.1	Implicações na Itália.....	121
5.9	Teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico.....	122
5.9.1	Destrução da relação de equivalência.....	124
5.9.2	Frustração da finalidade contratual.....	125
5.10	Consequências jurídicas.....	126
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	130
	BIBLIOGRAFIA.....	135

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem por orientação precípua abordar o estudo em duas etapas de análise. A primeira delas tem por objetivo delimitar o objeto de estudo, partindo-se de uma visão geral do Direito Civil até chegar no objeto central: o contrato de cessão de crédito oriundo de precatório. A segunda fase, por sua vez, justifica a importância da revisão judicial de tais contratos pela quebra da base do negócio jurídico, superando os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão.

A primeira fase da análise consiste, em síntese, numa abordagem do Direito Civil através de uma visão contemporânea, aprofundando o tema até chegar ao centro do trabalho, isto é, o contrato de cessão de crédito decorrente de precatório. A linha de pesquisa encontra guarida no Direito das relações sociais, tendo por parâmetro a efetividade do Direito Privado e a tutela das liberdades civis, abordando as relações jurídicas privadas e a dignidade da pessoa humana.

A vida é dinâmica e acontece em ondas. Portanto, os fatos que compõem a vida em sociedade não podem ser estudados isoladamente e de forma estática. Pelo contrário, os acontecimentos sociais são emaranhados e possuem consequências nos mais variados campos da ciência: jurídico, econômico, social, etc. Tudo, portanto, está relacionado e inserido num determinado contexto e sistema político.

Nascendo o direito dos fatos (*ex facto oritur ius*), a linha de pesquisa parte da mudança de paradigma do Direito Civil. Inicialmente, portanto, traz uma vertente histórica apontando como eram as relações sociais oitocentistas, arraigadas pelo patrimonialismo representado pelo Código de Napoleão, o qual ditava os preceitos vigentes naquela ocasião. Para isso, o estudo analisa a relação entre o Estado e os particulares, partindo-se da concepção liberal até os dias atuais. Ainda, nesse contexto, a mudança de paradigma destaca-se pela despatrimonialização decorrente da funcionalização das relações intersubjetivas pelo reconhecimento de valores representados pela dignidade da pessoa humana. Fruto dessa nova visão e em

linhas gerais, aborda-se também o nascedouro da Teoria da Imprevisão, no sentido de se concluir, mais adiante, que nos dias atuais, para a revisão judicial de contratos, seus requisitos já foram superados.

Os valores consagrados pela funcionalização do direito civil (dignidade da pessoa humana, igualdade, justiça social, etc.) foram resgatados pela alteração de pensamento social ao longo do tempo. A transformação da sociedade, inevitavelmente, trouxe novos valores ao seio comunitário, os quais se refletem atualmente na sociedade moderna contemporânea. Corolário dessa mudança de paradigma do pensamento civilista é a constitucionalização de valores condutores das relações privadas. Disso decorre a nova ordem civil constitucional, que possibilita ao exegeta a aplicação direta dos preceitos esculpidos na Magna Carta, porém em caráter absolutamente excepcional, desde que haja lacuna nas normas que compõem o sistema aberto do direito civil. Os princípios e as cláusulas gerais permitem a interpretação do sistema e possibilitam contornos e limites estabelecidos pelo próprio sistema. Se a interpretação do Direito deixar de ser sistemática haverá evidente retrocesso pela clara transgressão à unidade de valores conquistada pela mudança de paradigma no direito civil.

Além da possibilidade excepcional da aplicação direta de dispositivos constitucionais, interessante mencionar a existência do critério hermenêutico da interpretação conforme a Constituição, também na aplicação de legislação ordinária¹.

Após essa abordagem mais ampla, que traduz de certa forma os novos rumos do direito civil contemporâneo, a linha de pesquisa traz um primeiro corte epistemológico pela delimitação da análise da intervenção do Estado nas relações civis. Com efeito, o Estado, atualmente, deve agir com ações positivas no âmbito jurídico e econômico (relações contratuais e negociais).

¹ “A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto quer dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela (...) A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45.

É que o intervencionismo público não agride a autonomia privada. Pelo contrário, possibilita a correção de distorções, preservando a autonomia dentro dos limites do ordenamento jurídico, já funcionalizado pelos novos valores. O dirigismo contratual moldou-se a função social para efetivar a justiça e preservar o equilíbrio, preservando também a essência socioeconômica do contrato diante dessa nova realidade. Daí porque a interferência estatal nas relações privadas encurtou a distância entre o público e o privado.

Não se nega o papel que os contratos civis, decorrentes de relações negociais obrigacionais, possuem como pilares de sustentação do sistema econômico. A solidariedade e o dirigismo normativo, oriundos do direito civil, passaram a integrar as relações econômicas. Por isso, diante dessa nova roupagem civilista, as partes deixaram de possuir interesses antagônicos e passaram a ter necessidade de atuação cooperativa.

Nesse diapasão, o estudo delimita ainda mais seu objeto de análise para tratar dos contratos de cessão de crédito, modulados pelo sistema aberto de direito civil e que, ainda, possuem inegável importância nas relações socioeconômicas. O crédito influencia na circulação de riquezas e possui íntima relação com a garantia de uma vida digna. A abordagem origina-se no direito civil obrigacional, através de apontamentos aos artigos do Código Civil, com breve menção às diversas formas de transmissão das obrigações trazidas pela lei e pela doutrina (cessão de débito e cessão de contrato).

Numa última limitação epistemológica e, com o intuito de delimitar precisamente o objeto de análise da dissertação, o estudo faz referência à cessão de crédito decorrente de precatório. A abordagem referencia a sistemática constitucional apontando as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº62/09, em especial o §13 do artigo 100, que expressamente possibilita ao credor a cessão de crédito a terceiros, independentemente da concordância do devedor. A análise do preceito constitucional, ainda, é balizada pelo recente julgamento pelo C. Supremo Tribunal Federal, o qual é visto em linhas gerais, pois a declaração não modificou o tema central do estudo.

A segunda fase do trabalho, por sua vez, parte do contrato de cessão de crédito decorrente de precatório e tem por objetivo salientar alguns argumentos que justifiquem sua a revisão judicial, preservando o equilíbrio entre as partes.

A análise inicia-se com o estudo das cláusulas gerais que, num sistema aberto, possibilitam o restabelecimento da base do negócio jurídico, privilegiando-se o equilíbrio nas relações negociais. Nessa esteira, são abordados alguns princípios norteadores da oxigenação civil constitucional, tais como: autonomia privada, consensualismo, relatividade dos contratos, força obrigatória dos pactos, conservação, solidariedade, igualdade, boa-fé e função social.

Diante desse contexto e, visando justificar a possibilidade de revisão dos contratos de cessão de crédito oriundos de precatórios, a análise tangencia o surgimento da Teoria da Imprevisão, a qual visa proteger as partes contratantes havendo impossibilidade de cumprimento da obrigação por alteração radical na base do contrato, por decorrência de casos imprevisíveis e extraordinários. Nesse linha, afasta-se a aplicação dessa teoria nos dias atuais, pois a revisão do contrato sob análise é justificada pela alteração da base do negócio jurídico, sendo que fundamento da revisão deverá estar pautado na função social do contrato.

Por fim, para melhor elucidar a ideia motivadora que serve de supedâneo a revisão judicial do contrato de cessão de crédito decorrente de precatório, o estudo traz alguns apontamentos sobre a teoria da quebra da base do negócio jurídico, desenvolvida por Karl Larenz a partir da teoria da pressuposição de Windschied. A análise diferencia a base subjetiva do negócio jurídico daquela objetivamente considerada, trazendo algumas implicações na Itália. O estudo aponta as situações que caracterizam a quebra da base do negócio jurídico, como a destruição da relação de equivalência e a frustração da finalidade contratual, salientando-se, ao final, as consequências jurídicas e sua importância ao mundo econômico-jurídico.

Com essa vertente, a dissertação justifica seu significado acadêmico e convida o leitor a repensar as velhas formas através de um novo olhar, oxigenado pelo construtivismo crítico e pautado pela linha-mestra da função social dos contratos, tudo para manter presente o equilíbrio entre as partes contratantes.

1 A CIVILIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O presente estudo situa-se no campo de estudo do Direito Público e do Direito Privado, trazendo à baila a discussão da efetividade do Direito Privado frente à tutela pelo Estado das liberdades civis e da autonomia privada.

Nesse sentido, a linha de pesquisa busca fundamentar que, em verdade, a revisão judicial dos contratos (relações jurídicas privadas), é consolidada pela aplicabilidade dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, em respeito ao ser humano, foco recente do novo pensamento civilista (despatrimonialização).

Com a alteração na estrutura do pensamento civilista, oriundo das interferências constitucionais às relações privadas, insta saber qual é o limite e a restrição viável à liberdade das pessoas, isto é, até que ponto a justiça é implementada com a limitação da autonomia privada.

No mesmo sentido, o presente estudo busca consolidar até que ponto o Estado pode valer-se diretamente dos princípios de justiça social para preservar a dignidade da pessoa humana. Isto é, até que ponto um princípio constitucional (dignidade da pessoa humana e igualdade) pode perder a ideia de mero recurso de hermenêutica tornando-se uma ordem, uma imposição legal, com aplicabilidade direta pelo Estado-juiz, passando a ser considerado pelo magistrado, dessa forma, uma cláusula geral.

Nesse amplo cenário, o presente trabalho científico contextualiza o problema por meio da análise da revisão judicial de contrato de cessão de crédito oriundo de precatórios e a interferência estatal para rever pactos privados em favor da prevalência da dignidade humana e da igualdade.

É sabido que, na concepção liberal, o Estado abstinha-se do conteúdo econômico das relações privadas, pois as pessoas eram independentes e, portanto,

livres para contratar, arcando com as consequências de seus pactos. Isso porque o Direito Privado não se confundia com o Direito Público, pois o primeiro “*insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado do Estado para a tutela de interesses gerais.*”²

Nesse contexto, o *Code Napoléon* (sistema fechado), de 1804, preocupava-se demasiadamente com a segurança jurídica, deixando em segundo plano a busca de um ideal de justiça. Tamanha preocupação justificava-se porque “*após a Revolução Francesa havia absoluta desconfiança da burguesia para com os magistrados, oriundos da nobreza, antiga classe dominante.*”³

O nosso Código Civil de 1916 seguiu esse mesmo modelo. Significa dizer que o antigo Direito Civil focava-se, basicamente, na propriedade e na garantia de sua segurança, tendo como norte a cláusula “*pacta sunt servanda*”⁴.

Com o tempo, aquele Direito Civil tradicional passou a ser repersonalizado através de uma releitura das categorias fundamentais e dos institutos básicos. É que o sistema jurídico móvel passou a possibilitar certo avanço, traduzido pela aplicação e interpretação de *cláusulas gerais*, como no caso do Código Civil de 2002⁵.

O Código Civil de 2002 sustenta-se em três pilares: *eticidade, socialidade e operabilidade*. Tanto é verdade que seu idealizador, Miguel Reale, denominou o Código Civil como “a constituição do homem comum”, e ponderou que o princípio da eticidade afasta o excessivo rigorismo formal ao conferir ao juiz “não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos”⁶.

² TEPEDINO, M.C.B.M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil* n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22.

³ DONNINI, Rogério Ferraz. *Temas Atuais de Direito – A complementação de lacunas no Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278.

⁴ Esse tema será melhor abordado no capítulo relacionado à teoria da imprevisão.

⁵ FACHIN, L.E. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 281.

⁶ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de código civil*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 752, jun. 1998, p. 22-30.

Desta feita, o ser humano passou a ocupar destaque no ordenamento jurídico, deslocando-se a propriedade para uma posição secundária, porém não menos importante em razão da garantia de sua função social. Com efeito, o ser humano justificou as características técnicas da nova regulamentação.

Corolário da despatrimonialização do Direito Civil, há uma constitucionalização do Direito Privado, pois a mudança de enfoque encontra guarida nos princípios da igualdade, da função social, da justiça contratual, da dignidade humana, da solidariedade e da boa-fé. Isso porque um princípio, quando expresso, seja na Constituição Federal (dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, etc.), no Código Civil ou em qualquer outra norma infraconstitucional, perde a ideia de mero recurso de hermenêutica (uma de suas funções), para tornar-se ordem, determinação, imposição legal, motivo pelo qual passa a ser considerado uma “cláusula geral”, podendo o magistrado, assim, criar direitos e obrigações⁷. Nesse contexto, a ênfase no patrimônio deixou de estar no centro das preocupações privatistas, passando a ser considerada, em primeiro lugar, a pessoa humana.

Convém observar que a Alemanha foi o primeiro país a inserir os direitos fundamentais na interpretação e na tutela de abusos cometidos pelo Estado, bem como nas relações privadas (direito à liberdade de expressão, Erich Lüth, 1950), julgando um caso cível com base em princípios fundamentais e, no Brasil, a escola civil-constitucional despontou com um artigo de Maria Celina Bodin de Moraes, publicado em 1991 e denominado “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”⁸.

Atualmente, o desafio dos civilistas cinge-se a capacidade de ver as pessoas em todas as suas dimensões, ou seja, mudar o paradigma do campo material para o intersubjetivo. Os sujeitos de direitos não são apenas titulares de bens e a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais⁹.

⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. *Temas Atuais de Direito – A complementação de lacunas no Código Civil*. São Paulo Malheiros, 2008, p. 284.

⁸ MORAES, M. C. B. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº1, 2ª Ed., jul-dez 1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, p. 59/73.

⁹ LÔBO, L. N., Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, BRASÍLIA, v. 141, p. 99-110, 1999, p. 103.

Com essa recente modificação na estrutura do pensamento civilista, oriundo das interferências constitucionais às relações privadas, insta saber qual é o limite e qual é a restrição viável à liberdade das pessoas, isto é, até que ponto a justiça é realizada com a limitação da autonomia privada. Dessa reflexão emerge a análise do princípio da igualdade em contraposição ao princípio da liberdade.

É certo, portanto, que o Código Civil não fica imune à irradiação dos comandos constitucionais em decorrência da unidade do sistema jurídico e do respeito à hierarquia das fontes normativas, base única dos princípios fundamentais. O ordenamento deve ser informado por meio de valores expressos pelo legislador constituinte. Sendo assim, as normas constitucionais incorporam um sistema de valores essenciais à convivência social, servindo como parâmetro para todo sistema jurídico. Daí por que:

[...] para a colmatação de lacuna no sistema atual, o magistrado deve se utilizar de uma interpretação a partir do texto constitucional, haja vista que se toda norma se manifesta, se exprime sempre a partir de um princípio, tem esse de estar em consonância com os princípios fundamentais insertos em nossa Lei Maior.”¹⁰ Logo “..., não mais se admite uma decisão judicial que venha de encontro aos ideais de justiça, sob o simples fundamento de que determinado dispositivo legal preveja um dado comportamento, pois desde o advento da Constituição Federal de 1988, (...), nosso sistema jurídico de direito positivo foi aberto para os mandamentos de justiça, com a inserção dos princípios fundamentais, que nada mais representam senão os postulados de direito natural.”¹¹

Nesse aspecto, frise-se a importância do critério¹² da interpretação conforme a Constituição, também expresso pelo Colendo Supremo Tribunal Federal como

¹⁰ DONNINI, Rogério Ferraz. *Temas Atuais de Direito – A complementação de lacunas no Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 285.

¹¹ DONNINI, Rogério Ferraz. *Temas Atuais de Direito – A complementação de lacunas no Código Civil*. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 278.

¹² Diz-se “critério” ou “método” de interpretação ao invés de “princípio”, pois este tem conteúdo material, ao passo que aqueles dizem respeito à forma de aplicar os princípios e as regras jurídicas. Os princípios “têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações” e “as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações às quais se dirigem”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003, p. 148.

declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o qual decorre da presunção de constitucionalidade das leis. Se as leis são feitas por Poderes que retiram sua competência da Constituição, presumem-se, portanto, constitucionais e a lei civil, portanto, deve ser interpretada com base na supremacia da Constituição Federal.

Ademais, frise-se que o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹³ possibilita a inserção dos valores constitucionais na legislação civil, ao determinar que “*na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum*”. É que o reconhecimento constitucional de certos direitos fundamentais significa também a consagração de princípios que regulam as situações pessoais e patrimoniais e esse reconhecimento é uma forma de regulação, a nível constitucional, das esferas da vida onde esse sujeito se movimenta, valorando interesses. Essa valoração na unidade do sistema jurídico, em vista das normas constitucionais, não podem deixar de influenciar a matéria civilista em nível legislativo e judicial¹⁴.

Com efeito, a ordem jurídica privada não está dissociada da Constituição. Porém, o Direito Privado tende a perder autonomia quando as relações civilistas passam a ser alteradas em seu conteúdo pela eficácia direta dos direitos fundamentais previsto na Constituição na ordem jurídica privada¹⁵.

Certo é que o direito constitucional não dissipou o lugar ocupado pelo Direito Civil, pois esse continua a ter seu próprio arcabouço, porém com nuances mais solidárias visando consagrar a almejada justiça social descrita na Carta. Isso porque a despatrimonialização ocorre pela funcionalização das relações intersubjetivas (domínio próprio do Direito Civil) a princípios-valores como os da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade substantiva¹⁶. Ou seja, o Direito

¹³ Redação dada pela Lei nº12.376 de 2010.

¹⁴ RIBEIRO, J. de S. Constitucionalização do direito civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV (separata). Coimbra: 1998, p. 729 e 730.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. G. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos Direitos Fundamentais na ordem-jurídico civil no contexto do Direito pós- moderno. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113.

¹⁶ NEGREIROS, T. *Fundamentos para a interpretação constitucional da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 171.

civil não perdeu seu reinado, caminhando em busca da evolução da sociedade e do ser humano.

Como valores essenciais na leitura do Direito civil contemporâneo deve-se ter em mente os princípios da igualdade substancial, solidariedade e dignidade da pessoa humana. Por força da igualdade real, busca-se preservar a dignidade e o desenvolvimento do ser humano em prol da solidariedade social. Trata-se de uma mudança de paradigma, pela qual vem passando o Direito Civil, do Estado liberal para o social.

Pietro Perlingieri sustenta que o papel unificador do sistema é desempenhado hoje pela Constituição e não mais pelo Código Civil, defendendo que a reconstrução de um sistema de “Direito civil constitucional”, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência¹⁷. Portanto, que o direito civil-constitucional reúne em torno da sua premissa básica diversos operadores jurídicos, os quais defendem que os princípios constitucionais adequam as relações privadas, funcionalizando-as à proteção e ao desenvolvimento da pessoa humana.

Por conta disso, os contratos estão inseridos na principiologia constitucional, assumindo uma função social, sendo vistos como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica e submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, dentre outros, que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual¹⁸. Logo, para que seja alcançada a justiça social, podem ser aplicados os princípios constitucionais às relações privadas, justificando-se a intervenção estatal em determinados contratos para mitigar a autonomia privada e, assim, os efeitos decorrentes do pacto.

¹⁷ PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, obra traduzida em 1997 por Maria Cristina De Cicco, p. 37.

¹⁸ JUNIOR, R. R. de A. A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de direito do consumidor*, nº14, p. 20-32, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, abr-jun. 1995, p. 22-23.

Como exemplo, é possível mencionar que o princípio da obrigatoriedade do contrato foi mitigado pela cláusula “*rebus sic stantibus*”, a qual permite a revisão de contratos de trato sucessivo quando uma das prestações se tornar por demais onerosa para uma das partes, inviabilizando o próprio negócio jurídico¹⁹.

A teoria da imprevisão representa a garantia existente nos contratos bilaterais de que as prestações serão equitativas para os contratantes, sendo a essência do contrato bilateral a comutatividade das prestações. Daí porque, com a aplicação da teoria da imprevisão, o Estado busca manter a situação de igualdade entre os contratantes.

Considerando a mudança de paradigma no Direito Civil (despatrimonialização), bem como a adequação da realidade fática às relações privadas (função social), sendo o contrato um instrumento da ordem econômica, certa é a integração dos princípios constitucionais de justiça social, em especial os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, às relações civilistas. A análise da revisão judicial dos contratos como corolário dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana é relevante na medida e que consubstancia a mudança de paradigma do Direito Civil.

Desde seu surgimento até os dias atuais, passando-se pela teoria da imprevisão, a necessidade de revisão judicial vem garantindo a justiça social. Assim, essa dissertação reflete os anseios sociais existentes nas relações privadas, através de um caso específico relacionado aos contratos de cessão de crédito decorrentes de precatórios, sem perder de vista a moldura constitucional e, acima de tudo, da função social do contrato como instrumento da ordem econômica.

Em que pese tais apontamentos no sentido de que o atual Código Civil resgatou a cláusula “*rebus sic stantibus*”, fato é que o novel Diploma Material de 2002 deu um tratamento desatualizado ao tema. Isso porque o termo “imprevisão” é temerário. Numa interpretação literal e, portanto, inadequada da norma (arts. 317 e 478), sem que se leve em conta uma visão do sistema, poderia conduzir o intérprete

¹⁹ Dedicaremos a análise da teoria da imprevisão em capítulo próprio.

a concluir que nas relações entre particulares, para que uma avença fosse alterada seria necessário um fato extraordinário da grandeza de uma guerra ou o colapso da economia.

Porém, para a modificação de um contrato, basta que a base do negócio jurídico tenha se alterado. É o que se denomina base objetiva, que é violada quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação inexistente²⁰. Essa base do negócio está condicionada ao estrito cumprimento do art. 422 do Código Civil (boa-fé objetiva), equivalente ao § 242 do BGB²¹, além da função social do contrato (CC, 421).

Em suma, a regra geral do Código Civil serve de base para qualquer pedido de revisão, ou seja, a função social do contrato. Havendo relação entre particulares, regulada pelo Código Civil, o fundamento para o pedido de revisão do contrato é pautado na função social do contrato (CC, art. 421) ou, na hipótese de imprevisão, nos dispositivos específicos que tratam desse tema (CC, 317 e 478/480).

O Direito, enquanto gênero das espécies civil e constitucional, pode ser compreendido como a canalização do dissenso, sendo instrumento para se “*chegar numa solução que dê paz à sociedade*”²². Nesse aspecto, importante traçar alguns breves apontamentos acerca da intrínseca relação entre o Direito Privado e as normas constitucionais para, ao final, concluir pela importância do Código Civil, único instrumento capaz de dar efetividade aos valores consagrados da Magna Carta de 1988.

A grande fonte do Direito Privado remonta às bases do Direito Romano. Este, por sua vez, era pragmático, buscando apenas soluções concretas de aplicação direta.

²⁰ Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, p. 224 e s.

²¹ "O devedor está obrigado a efetuar a sua prestação conforme a boa-fé e os costumes de trânsito". V. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, ob. cit., p. 422 e s.

²² LOTUFO, Renan. Em aula expositiva ministrada no dia 26.09.2011 (tema: Direito da Personalidade) aos alunos do Mestrado em Direito Civil, cadeira de “*Direito Civil Constitucional*”, PUC/SP.

Durante a Revolução Francesa, os juristas da época, com base nas diretrizes romanas, compilaram os conhecimentos do Direito Privado existentes e formularam livros estanques, tudo através de uma análise estritamente setorizada. Por essa razão, o Código Napoleônico não continha “Parte Geral”. Havia, portanto, apenas o estudo da exegese, sendo o juiz mera “boca da lei” por conta da subsunção total da norma ao fato, em interpretação estrita, basicamente gramatical. O sistema francês, portanto, era fechado.

Os alemães, por sua vez, também partiram do mesmo cabedal do Direito Romano. Porém, focaram-se na criação de conceitos. Esses conceitos, ao longo do tempo, foram estratificados, permitindo a criação de uma “Teoria Geral” relacionada às obrigações, família, sucessões, direitos reais. Pela visão germânica foi possível perceber certa similitude nos diversos ramos científicos. Isso porque alguns conceitos eram comuns a todos os campos. De onde, então, brotou a semente da “Parte Geral” dos Códigos, com a maior concentração de conceitos básicos para a aplicação em todo direito (e não apenas do Direito Privado).

A “Parte Geral” é o tronco que fornece a seiva para todos os ramos do Direito, pois o Direito é um só. Germinou no Brasil com Augusto Teixeira de Freitas²³ quando apresentou um esboço de Código Civil que não foi utilizado. Registre-se que, nesse esboço, constou pela primeira vez a “Parte Geral”, sendo anterior ao BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemão, de 1900. Interessante notar que os três parceiros originais do Brasil no Mercosul adotaram aquele diploma inicial brasileiro.

Com efeito, o Direito é reflexo da história. Não há Direito que não é história. Logo, o Direito deve se amoldar ao seu tempo. Como ciência, não foi feito para pairar nas alturas, mas para penetrar na sociedade, criando sua própria realidade. Nesse sentido, para o estudo dos princípios, fundamental que eles integrem o

²³ Responsável pela “*Consolidação das Leis Civis* brasileiras” de 1858, e autor da primeira tentativa de codificação civil do Brasil. Fez o “*Esboço de Código Civil*” por encomenda do Imperador D. Pedro II, pelo Decreto de 11 de Janeiro de 1859. Foi uma obra com aproximadamente 5.000 (cinco mil) artigos, que apesar de não ter sido diretamente utilizada no Brasil, influenciou os trabalhos posteriores no país, resultando no Código Civil de 1916, de Clóvis Beviláqua, como também influenciando profundamente os códigos do Paraguai, Uruguai, Chile, Nicarágua e, principalmente, da Argentina, ao qual serviu como modelo.

sistema jurídico, como ideia matriz e motriz, dando origem e, ao mesmo tempo, movimentando-o.

As relações jurídicas nascem apenas no convívio social através do consenso. As partes criam uma norma, dentro do sistema, para reger suas relações e, assim, por essa normatização também são regidas. Na medida em que criam a norma, as partes são regidas pela mesma. Isso tudo advém da potestade inerente à autonomia privada²⁴, a qual sofre limitação na conformação do sistema jurídico. Isto é, a autonomia privada é a potestade atribuída pelo sistema às pessoas para criar normas individuais de Direito Privado, dentro do mesmo sistema jurídico e sem afetar as normas imperativas.

O Direito Privado mudou pela dignidade do ser humano. O ser humano passou a ser o centro e a ter valor principal. É a chamada despatrimonialização do Direito Civil. O sistema fechado não mais subsiste, pois os valores se modificam, a sociedade se atualiza e os momentos históricos trazem novidades a toda hora. Esses novos valores não podem ficar fora do Direito e devem penetrar no sistema. Os valores de fora alimentam o sistema para que ele funcione de acordo com a sociedade atual²⁵.

²⁴ O conceito de autonomia privada não se confunde com a ideia de autonomia da vontade. Essa visão será desenvolvida adiante, no tópico “autonomia privada”.

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas – Aulas ministradas nos dias 12, 14 e 16/03/73, Apostila do “Curso de Extensão Universitária” da Associação dos Advogados de São Paulo*. Em apontamentos de Marco Antônio Striquer Soares na REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano I, nº1 (web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-17.pdf). O Professor Tércio apresenta um modelo circular de sistema, o qual também é entendido como um conjunto de elementos e conjunto de elementos relacionados entre si, a partir de regras de relacionamento. “Além disso, o sistema circular constitui limite entre limites. Isto é, o sistema circular parte da ideia, também, de que o sistema, como tal, estabelece um limite e que esse limite tem, digamos assim, um aspecto interno e outro externo. O aspecto externo é um outro sistema. Isto é, todo o sistema está limitado por outros sistemas. Mas ao estar limitado por outros sistemas, ele está aberto para os outros sistemas; quer dizer, ele está constantemente em comunicação com outros sistemas. Assim, no sistema circular, apesar da ideia de o círculo ser fechado, há um momento em que o círculo se inicia, por assim dizer; isto é: um momento em que a informação entra. E há um momento em que o círculo se fecha, isto é, um momento em que a informação sai, voltando para o mundo circundante do sistema. Então, como veem, há um canal de entrada e há um canal de saída”. Lá dentro, diz o autor, “acontecem uma porção de coisas.” Esta ideia de sistema é completamente diferente do chamado sistema dedutivo, ou do sistema da pirâmide. Ele tem algumas características gerais, independentemente do Direito. A primeira característica é a chamada importação de energia. O sistema tem, como ponto de partida, o meio ambiente, de onde ele importa energia. “Importar energia” significa que ele tira elementos do meio ambiente e os traz para dentro do sistema, para realizar um trabalho qualquer. Além disso, o sistema transforma energia, isto é, ele toma a energia e apresenta um novo produto, que lança para fora. Este tipo de sistema tem uma atividade cíclica, e pretende ser um sistema vivo. Esta concepção de sistema é tirada dos sistemas biológicos, dos

Valores novos oxigenam o sistema do Direito. Pra resolver as lacunas existentes, é preciso buscar fora do sistema jurídico. Como um desses mecanismos que permite a oxigenação do sistema podemos citar a “cláusula geral”. O Judiciário, portanto, não mais fica restrito à lei positivada. O juiz deixou de ser meramente a “boca da lei”, como queriam os franceses. Passou a ser um dos partícipes na revelação do Direito. O juiz não cria a norma, mas revela o que está no sistema, fazendo claros os valores já consagrados.

Cumprir observar que a Constituição, de 1988 até os dias atuais, trouxe poucas modificações materiais para a sociedade. As transformações, em sua maioria, cingiram-se aos aspectos estruturais do Estado. O Código Civil, por sua vez, implementou mudanças materiais significativas para o corpo social. Como exemplo, podemos mencionar que o Direito da Personalidade teve origem que não brotou da Constituição, mas do Direito Civil.

Com efeito, a aplicação direta dos ditames constitucionais só é possível em caráter excepcional. Ou seja, na absoluta lacuna das normas de Direito civil é que se permite a aplicação direta da Constituição. Assim, se a Constituição não o recepiona, o Código Civil perde seu fundamento de validade. E, se recepcionado, o Código Civil deve ser relido à luz da Constituição. A lei tem fundamento de validade e, se ela não esta conforme, não pode produzir efeito. Deve ser relida a lei conforme a Constituição, a qual preconiza a melhor forma de entender a legislação.

Exemplo disso é o §6º do art. 227 da Magna Carta²⁶, o qual preceitua a igualdade entre os filhos. Se a Constituição assevera que todos os filhos são iguais em direitos, reflete-se na lei civil que o filho adulterino também dispõe dos mesmos

sistemas orgânicos. Em terceiro lugar, o sistema tem, em geral, aquilo que, na Teoria Geral dos Sistemas, se chama de entropia negativa. A ideia é a seguinte: todo sistema vivo tende a se desintegrar, tende a morrer. Quando digo que todo sistema vivo tende a morrer, digo que a atividade do sistema é entrópica; ele tende a se desintegrar, a desaparecer, a morrer. Ora, o sistema evita a morte de diversas maneiras, como, por exemplo, importando energia, armazenando energia. E, quando armazeno energia, a minha atividade não é mais entrópica, não busca mais a morte: ela é entrópica *negativa*. Então, o sistema vivo aprende pela **retro-informação**, quer dizer, é **um sistema que está em contato com o seu meio ambiente**.

²⁶ Art. 227, §6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

direitos, pois a Constituição predetermina que todos os filhos são iguais. Daí porque a Constituição fez uma releitura no Direito das sucessões, este assegurado pelo Código Civil, pois quem não era herdeiro passou a ser.

O sistema deve ser operativo para alcançar a sua finalidade. Por isso nasceu a chamada “constitucionalização” do Direito Civil. As Constituições, após a Segunda Grande Guerra Mundial, passaram a ficar mais civilizadas, preocupando-se com a dignidade da pessoa humana. O Direito civil passou a ser incorporado pelas Constituições democráticas.

Com efeito, o Direito deve buscar o equilíbrio do individual com o social. O individual deve sobreviver, mas dentro da sociedade. A dignidade da pessoa humana deve ser sopesada dentro do corpo social. A Constituição é um sistema e não uma colcha de retalhos. Por isso os problemas sociais devem ser resolvidos pela Constituição, porém à luz dos valores que estão para fora dela e nela contidos.

Por isso, o Direito Civil Constitucional não é a aplicação direta da Constituição ao caso concreto. Isso porque o Código Civil deve ser aplicado à luz da Constituição, pois os valores constitucionais podem sofrer alterações pela própria lei, conforme o momento histórico vigente.

Ingênuo seria pensar que há Código perfeito. Não há lei perfeita. Quem conserta as imperfeições legais é o intérprete da lei, respeitando os valores da sociedade num determinado momento. Daí porque necessário compreender os valores sociais no contexto em que estão inseridos. Importante instrumento facultado ao intérprete são as cláusulas gerais previstas no Código Civil.

Há uma simbiose entre Direito Constitucional e Direito Civil. No fundo, ao analisar a ligação existente, chega-se a conclusão de que o Direito é único, devendo servir para promoção da justiça e da paz social.

A ideia principal é trazida pelo jurista Claus-Wilhelm Canaris²⁷ ao estudar a influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado. A análise tem por ponto central saber se e como os sujeitos de direito privado vinculam-se aos direitos fundamentais. Para tanto, o jurista propõe três questionamentos, respondendo-os precisamente.

O primeiro dos questionamentos indaga quem é destinatário dos direitos fundamentais, apenas o Estado e seus órgãos ou os sujeitos de direito privado? Em resposta à formulação, o jurista apresenta: “[...] como ‘primeiro resultado parcial’, pode, portanto reter-se: destinatários das normas de direito fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado”²⁸.

Em seguida, traz nova indagação: o objeto de controle segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem, o comportamento de um órgão de Estado ou de um sujeito de direito privado? Em resposta, apresenta que:

[...] da conclusão ora apontada resulta, sem mais, o segundo resultado parcial, o objeto de controle segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas as regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não também actos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, negócios jurídicos e actos ilícitos²⁹.

Por fim, indaga em que função são aplicados os direitos fundamentais, como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela? Assevera que:

[...] designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também ‘sobre ele’ que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa

²⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁸ Ob. cit. p. 33.

²⁹ Ob. cit. p. 33.

forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro³⁰.

Em 1873, a Constituição alemã foi emendada de modo a permitir a promulgação de um Código Civil comum que substituiria todas as leis civis em vigor nos Estados. O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou *BGB*) entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900, resultado de um imenso esforço de codificação que criou uma das obras legais mais impressionantes do mundo, ainda em vigor, com modificações.

O Código alemão originou-se do pensamento kantiano quanto à sistematização, visando obter uma unidade nacional em face da multiplicidade de ordenamentos regionais até então existentes, motivo pelo qual sua entrada em vigor contribuiu para a unificação da Alemanha.

É sabido que esse ilustre jurista é o principal autor da reforma do Código Civil alemão, conhecedor de princípios filosóficos e, ainda, expoente em Direito Constitucional, isto é, trata-se de um autor com notável conhecimento de filosofia, direito constitucional e direito privado que, quando implementou a reforma do BGB, aplicou a consolidação da jurisprudência à luz da Constituição.

Na época havia uma Lei Fundamental imposta, ou seja, não concretizada pelo legislador constituinte. Mencionada Lei Fundamental serviu de base para a Declaração dos Direitos Fundamentais. Canaris viveu a ordem constitucional ditatorial, isto é, um Estado de falta de objetivos e perda de identidade provocado pelas intensas transformações ocorrentes na sociedade (anomia). Não se tinha leis ou regras claras, as quais começaram a surgir pela dominação.

Esse momento refletiu na ânsia pela liberdade. Posteriormente, com a queda do muro de Berlim, permaneceu apenas a Lei Fundamental. Diante disso, veio o grande desafio: como interpretar esse cenário frente ao direito privado?

³⁰ Ob. cit. p. 58.

A Alemanha teve sua formação social constituída por diferentes blocos comunitários. Os alemães construíram um sistema com base no Direito Romano e um Código Civil que serviu de base para o desenvolvimento de outros. Trouxe a Parte Geral como fonte (regras especiais) para dar sistema e organicidade, tudo com supedâneo na Teoria Geral de Direito tradicional (conceitos fundamentais).

Canaris trabalha com exemplos que ocorrem no Direito de Família (personalidade). Assim, é possível citar o jovem que pleiteia o reconhecimento de sua origem biológica, almejando o reconhecimento da personalidade. Pela rigidez das regras existentes, essa possibilidade não era permitida. Daí porque se criou um vácuo no sistema e uma necessidade de resolução concreta.

A solução é trazida diretamente da Lei Fundamental. Porém, não havia regra que a consagrasse. Com efeito, o escopo maior foi encontrado na Dignidade da Pessoa Humana. Deu-se uma abertura no sistema normativo. A ideia era buscar fundamento nas leis mais próximas e, após, em normas superiores, tudo visando a resolução do caso concreto.

O Direito não foi feito para pairar no espaço. Significa dizer que, quanto mais concreto o conjunto normativo, mais fácil a aplicação da norma. Daí porque o sistema indutivo é extremamente perigoso, pois se a sustentação da norma cinge-se apenas ao princípio assegurado pela Lei Maior, o intérprete poderá adequá-lo para qualquer situação, o que poderá gerar abertura aos regimes ditatoriais. A aplicação direta dos princípios às relações de direito privado, portanto, é extremamente perigosa.

A existência da cláusula geral permite a interpretação. Todavia, dentro de certos contornos e limites, dos quais o aplicador da lei (intérprete) não pode fugir. Essa a ideia de Canaris. Significa dizer que, se a aplicação dos princípios tivesse que ser feita de maneira direta, de uma vez só, não seria um sistema de normas. Canaris não nega a tópica, ressaltando sua aplicação eventual. Isso porque a interpretação do direito deve ser sistemática, sob pena de negativa à unidade dos

valores. Em outras palavras, o direito deve trabalhar com valores postos no ápice do sistema.

De qualquer modo, mesmo onde os direitos fundamentais não sejam aplicáveis na sua específica dimensão jurídico-constitucional, e onde não esteja em causa uma violação das proibições do excesso ou de insuficiência, podem ser relevantes para a interpretação do Direito Privado e, em especial, para a concretização das suas cláusulas gerais. Neste caso, os direitos fundamentais sempre podem produzir efeitos como princípios gerais de direito com nível “infraconstitucional” – tal como também outros princípios gerais de direito (e com a consequência de que a sua falta de consideração não poderá, então, de forma alguma ser impugnada com sucesso mediante uma queixa constitucional³¹.

Outros autores, de certa forma, também analisaram a relação entre o Direito Privado e a Constituição. Karl Larenz³² trata da importância da Lei Fundamental para a interpretação e desenvolvimento do Direito privado, asseverando que:

la Ley Fundamental no se ha limitado a regular la organización del Estado Federal, sino que contiene, ante todo en la parte relativa a los derechos fundamentales y también en otras secciones – especialmente la que trata de la jurisprudencia - , ‘principios jurídicos generales’, que vinculan a los tribunales como Derecho de vigencia inmediata” (...) “... originariamente, los derechos fundamentales han sido concebidos para asegurar al individuo un ámbito de libertad frente a la prepotencia del Estado. Allí donde este ámbito de libertad es puesto actualmente en peligro por otros grupos o poderes, el ordenamiento jurídico ha de protegerle también frente a ellos. No obstante, esto solo puede efectuarse con los medios y en las formas de pensamiento del Derecho privado, siempre que se trate de la utilización de situaciones de poder y de facultades jurídico privadas³³.

Flórez-Valdés³⁴, ao confrontar a Constituição e o Direito civil, observa que:

³¹ Ob. cit. p. 75.

³² LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte General*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 96.

³³ Ob. cit. p. 98.

³⁴ FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991, p. 21.

Nuestras Constituciones, además, una norma jurídica que, al fundamentarse en el 'principio de limitación del poder' reconoce u otorga verdaderos derechos al ciudadano frente a la organización estatal." (...) "... podemos adelantar ya, sin perjuicio de volver más detenidamente sobre el tema, al justificar su denominación, que el Derecho civil constitucional no podrá integrarse en el ámbito del derecho constitucional, porque el criterio imperante para definir este – al igual que para la delimitación de las demás ramas del Derecho – no es un criterio formal, sino material. Y, y como hemos indicado, el derecho civil constitucional Estados, materialmente, Derecho civil.

Já em 1974, Attilio Guarneri³⁵ ensinava que:

Invalidare un contratto per contrarietà alla Costituzione o al piano attraverso il 'medio logico' della violazione dell'ordine pubblico significa esercitare quelle scelte politiche che il legislatore non ha compiuto. La regola di ordine pubblico sarebbe in tal modo dipendente dalla variabile al tempo stesso sincronica e diacronica delle preferenze dei vari interpreti per questo o quel suggeritore di modelli politico-giuridici.

Com efeito, a tendência à cristalização dos conceitos e dos institutos jurídicos é sintoma de uma orientação contraditória, mediante a qual o provincianismo tende a se tornar valor universal. Isso pode ser evitado potencializando o estudo da comparação e da história do direito, sem limites de tempo e de lugar³⁶. Ora, no processo de constitucionalização do Direito Civil, por que não aplicar diretamente a norma constitucional às relações entre privados? A norma constitucional pode, ela própria, quando não existirem normas ordinárias que disciplinem o caso concreto, ser a fonte da disciplina jurídica de uma relação de direito civil³⁷.

Analisando-se as premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, é possível dizer que a intervenção direta do Estado nas relações de direito privado não significa um agigantamento do Direito Público em detrimento do

³⁵ GUARNERI, Attilio. *L'Ordine Pubblico e Il Sistema delle Fonti del Diritto Civile*. Cedam: Padova, p. 176-177.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. In: Org por Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Bras, 2008, p. 125, 134-135.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999, p. 86.

Direito Civil. Ao contrário, essa perspectiva de interpretação permite que sejam revigorados os institutos civilistas, de forma a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual³⁸.

Com efeito, quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior a ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição³⁹.

Judith Martins-Costa⁴⁰ analisa os direitos fundamentais confrontando-os com a opção culturalista do Código Civil. Ao tratar da discussão se os particulares podem recorrer diretamente aos Direitos Fundamentais nas suas relações mútuas, aduz que:

[...] esse debate não será aqui referido senão de maneira indireta. É que minha proposição diz respeito não ao 'se' da eficácia dos Direitos Fundamentais, mas às virtualidades do novo Código Civil para atuar no papel de uma 'estrutura receptora dos direitos fundamentais', difundindo-os nas relações interprivadas e contribuindo com a construção de uma nova noção de 'pessoa humana'. E continua: "a concepção dos modelos jurídicos de Reale, conduz, no plano operativo, ao estabelecimento de ligações intra-sistemática com os Direitos Fundamentais". Daí porque, "se adotarmos a perspectiva teórica traçada pelo Código, a saber: se conectarmos a cláusula geral do artigo 21, que delineia um modelo aberto de tutela, com a Constituição, o Código de Processo Civil e, eventualmente, leis especiais; se tivermos presente que sobrepairá, a quaisquer elencos legislativos que se possa fazer em matéria de Direito da Personalidade, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana; então teremos, como necessária consequência, a conclusão de que o ordenamento não está cerrado na tutela de certas situações típicas, mas permite estender a tutela da Personalidade a situações atípicas que, no momento, talvez nem possamos imaginar, tamanha a variedade e a grandeza das lesões à personalidade possibilitadas pelo poder econômico, pela razão instrumental e pela tecnociência". Em conclusão "já por essas indicações se pode perceber que o novo Código Civil brasileiro está a requerer, de seus intérpretes, a compreensão da nova metodologia

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 21.

³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999, p. 75.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 63, 79 e 82.

que enseja, embasada em uma diversa pré-compreensão do fenômeno jurídico. Essa pré-compreensão não é dada só por dados fáticos, mas por 'critérios de valor' que direcionam o exame do fato segundo a 'ética da situação'. Muito claramente sinalizados no novo Código, penso que tais critérios indicam uma nova ideologia, abeberada, diretamente, nos Direitos Fundamentais.

Ressalta-se que Clóvis Beviláqua⁴¹, referindo-se à Constituição de 1934 e suas repercussões sobre o Código Civil de 1916, sempre esteve à frente de seu tempo, admitindo os efeitos diretos e imediatos da Constituição como norma jurídica.

Apenas com o desenvolvimento dos estudos de Teoria Geral do Direito e do aprofundamento dos estudos de Lógica Jurídica e de Filosofia do Direito é que se passou a ter uma visão mais ampla do Direito Privado. Os próprios Direitos individuais, nascidos na Constituição americana e na francesa, com versões distintas, decorrentes de filosofias, formações culturais e valores éticos diferentes, impregnaram o mundo, mas só após a Segunda Grande Guerra é que ganharam a generalização constitucional e preponderância no convívio internacional. Decorrencia disso foi que as Constituições passaram a ter um conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado, o que levou a uma visão diferente do papel da Constituição. Hoje, no mundo dos sistemas jurídicos legislados, as Constituições passaram a ter significado mais relevante e eficácia muito mais ampla⁴².

Carmem Lucia Silveira Ramos⁴³, tratando da constitucionalização do Direito Privado em vista de uma sociedade sem fronteiras, leciona que:

⁴¹ BELIVÁQUA, Clóvis. *A Constituição e o Código Civil*, RT 97, setembro de 1935. In: LOTUFO, Renan. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 768, p. 747/755, out/1999: "... é certo que todo o direito de um povo dado se move, necessariamente, dentro do círculo da sua organização política. As Constituições são fontes primárias do direito positivo. Aliás, como todo direito positivo, expressão embora da vontade social preponderante, não encerra todo o complexo jurídico elaborado pela vida comum. As suas theses se dilatam ou flexionam dentro do seu systema legislativo, para se ajustar às relações humanas de verdade indefinida".

⁴² LOTUFO, Renan. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 768, out/1999, p. 749.

⁴³ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luis Edson (org.), *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 10/11 e 17.

É necessário reconhecer, no entanto, que as disposições inseridas na carta constitucional alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século. Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-s e plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva). Esta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado, tornou menos nítida, na ordem da ótica jurídica, a distinção entre direito público e direito privado, sendo fenômeno reconhecido, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais.” (...) “Assim, embora se mantenha, como princípio, um direito centrado no homem, construído segundo o imaginário racionalista-liberal, estabelece-se restrições e limites, voltados para a preservação dos interesses coletivos, bem como para o desenvolvimento e preservação da dignidade do cidadão, ausentes no sistema clássico do direito civil, consolidado no Código de 1916. Neste sentido, a preocupação com o renascer ad codificação, ainda que com uma roupagem modernizada, visualizada num novo texto, na medida em que seja vista como um retorno ao direito voltado para os interesses privados, centrados no indivíduo, em oposição aos interesses sociais, ordenado num sistema que se pretenda completo, situa-se na contramão da história, pela tendência à superação da dicotomia direito público-direito privado, através da constitucionalização dos institutos básicos do direito civil, a serem regulamentados por estatutos próprios, presumivelmente mais eficazes no trato destes temas, por sua especialização.

Nessa linha, o Direito Civil é visto como inerente aos cidadãos, titulares do direito frente ao Estado e, nesse enfoque, não existe contraposição entre o privado e o público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário (deve-se assinalar que a rotulada publicização do ordenamento civil não se confunde com a real natureza dele, sem que ele deixe de ser plural e complexo⁴⁴).

⁴⁴ CUNHA, Fernando Whitaker da. Direito Civil constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999, p. 46/47.

Analisando as normas fundamentais de Direito Privado, o conteúdo civil das normas constitucionais deve ser delimitado em função do conteúdo material, estando constituído por aquelas regulamentações relativas à pessoa, a sua dimensão familiar e patrimonial, às relações jurídicas privadas gerais. A este critério material, deve ser adicionado outro de índole formal, derivado do caráter de norma fundamental que tem a Carta Magna, e, por isto, trata-se de normas destinadas a fixar as bases mais comuns e abstratas das relações civis. É que Magna Carta é fonte de regras de Direito Privado que têm uma importância fundamental, já que condicionam o legislador, o juiz, e muitas delas são invocáveis pelas partes. Podem ter uma eficácia direta ou ser de gozo indireto⁴⁵.

A análise de inserção das normas de Direito Civil na Constituição foi objeto de estudo de doutrinadores renomados, tais como Roberto Rosas⁴⁶ e Celso Lafer⁴⁷, dentre outros.

Luiz Edson Fachin propõe o estudo da relação entre Direito Privado e Direitos Fundamentais em uma perspectiva que leve em consideração os direitos constitucionalmente tutelados, bem como uma dimensão material que os antecede e lhes dá fundamento no Estado Social de Direito. Isso porque a estrutura da codificação produz e mantém um estatuto da exclusão, que pode dificultar a

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, p. 253 e 258.

⁴⁶ ROSAS, Roberto. Constituição e direito civil. In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999, p. 49 e 54/55. "A Constituição brasileira tem inúmeras normas influenciadoras ou correlatas com as normas de Direito Civil. Tal circunstância exercita o mundo jurídico no momento da discussão (incrementada) do projeto de Código Civil". Nessa linha, indaga: "Deveria a Constituição inserir normas de Direito Civil? As cartas do século passado, e aquelas fortes no modelo americano, não se interessam por regras econômicas e sociais. Com a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição mexicana de 1917, houve a transição para o estado social de Direito. A Carta de Weimar tratou especificamente dos direitos fundamentais dirigindo-os ao indivíduo, à vida social, e à vida econômica. Destaque-se na memória que essa Constituição alemã tratou do casamento como fundamento da vida familiar (art. 119), e a igualdade dos dois sexos, a igualdade dos filhos (art. 121). Essas influências entraram no Brasil na Carta de 1934, e ficaram, cada vez mais intensas, até a Constituição vigente. Acertou o Constituinte? A resposta deve ser dada partindo-se de uma carta sintética ou não. Como o processo constituinte (1988) dirigiu-se a uma abertura, com a inserção liberal de normas das mais variadas espécies, responde-se, até aqui, como salutar a inserção. Será importante, em futuro, a separação das normas principiológicas, e portanto, dispensáveis de inserção, daquelas normas fundamentais necessárias com a inserção."

⁴⁷ LAFER, Celso. *Internacionalização dos Direitos Humanos, A Constituição, racismo e relações internacionais*. 1ª. Ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 13: "... a expansão axiológica do Direito é um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas, inclusive a Constituição do Brasil de 1988, que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário-militar para a democracia. Por esta razão, a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira".

efetivação dos direitos fundamentais, tal como contemporaneamente concebidos, no que tange às relações interprivadas. O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. Logo, para esse autor, o que se deve é examinar as possibilidades concretas de o Direito Civil atender a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independente da existência de modelos jurídicos⁴⁸.

Nesse contexto, quais as justificativas que embasam a necessária existência da codificação civil pátria, em que pese a reconhecida iluminação constitucional? Seria viável ter um novo Código Civil diante da evolução do mundo do Direito, em vista das aspirações que sinalizam pela descodificação, face à época dos microssistemas?

Natalino Irti examinou o direito positivo italiano, isto é, aquele posto pelo Código Civil de 1942 (fascista, voltado para a produtividade e sem qualquer referência ao valor fundamental do ser humano) a Constituição de 1947 (democrática, oriunda das transformações sociais advindas após a Segunda Grande Guerra, consagrando a dignidade do ser humano). Notório, portanto, o descompasso entre os diplomas, cabendo a doutrina trabalhar a recepção do Código Civil mediante a releitura sob o prisma constitucional⁴⁹.

É sabido que o Código Civil de 1916, projetado por Clóvis Beviláqua, teve influência cultural francesa⁵⁰, predominante no Brasil e no mundo do Direito Privado. A doutrina brasileira, influenciada pela francesa, sempre trouxe o Código Civil como o centro do ordenamento jurídico, fazendo crer que o Diploma Civil tivesse mais importância que a própria Constituição.

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Constituição e Estado Social: Os Obstáculos à Concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 245, 248 e 253.

⁴⁹ LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.11-30.

⁵⁰ Na França, o Código Civil sempre teve maior importância que a Constituição, tanto que aquele país jamais teve um Tribunal Constitucional, resolvendo seus impasses constitucionais em sede meramente administrativa.

Diante dessa exegese, a qual também impregnou a cultura jurídica italiana, como aplicar um Código Civil fascista num momento constitucional democrático? Evidente, portanto, a necessidade de alteração no sentido de interpretação do Código Civil, sem que houvesse a necessidade de mudança naquilo que estava escrito no ordenamento jurídico. O Código Civil passou a ser lido através da Constituição, foco de iluminação que informa e dá os valores ao Direito Civil, o que fez com que todo o Direito Privado Italiano progredisse, com novas concepções que se elevaram ao texto maior daquele país⁵¹.

Essa mudança de paradigma adveio da redemocratização mundial gerada pela Segunda Grande Guerra e não ocorreu apenas na Europa. Trouxe, em si, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, regando os valores nas raízes mais profundas do Direito Privado. Todavia, os países continuaram tendo Códigos com textos anteriores a remodelação trazida pelas Constituições democráticas, exigindo, portanto, uma leitura diferenciada do Direito Privado. Algumas matérias ascenderam ao nível constitucional. O estudo desse descompasso passou a ser chamado de Direito Civil Constitucional, tendo como centro não mais o Diploma Civil, mas a Constituição.

A partir dessas premissas, Natalino Irti sustenta sua pretensão de plena descodificação.

A doutrina brasileira, em sua maioria, continuou pregando o Código Civil como centro do sistema, sustentando que a Constituição não havia revogado o Diploma Civil. Sem perceberem as mudanças de concepção sociopolítica, permaneceram como se as normas do Código Civil estivessem acima da Constituição, numa visão totalmente incongruente com a própria teoria geral do direito, que se não fala em revogação da lei ordinária pela constitucional, fala claramente na retirada do fundamento de validade⁵².

⁵¹ LOTUFO, Renan. Ob. cit., p. 23.

⁵² LOTUFO, Renan. Ob. cit., p. 25.

Com a promulgação da Constituição de 1988, deu-se um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, pois a Magna Carta passou a disciplinar diretamente algumas matérias de Direito Privado, até então, exclusivamente tratadas em lei ordinária. Ora, o texto Constitucional é o facho e a fonte de iluminação do sistema jurídico, de onde advêm os valores fundamentais.

Não se discute que o Código Civil deixou de ser o centro do ordenamento jurídico, pois a Constituição passou a ser o foco de informação maior. Todavia, não se pode deixar de lado que o Código Civil também tem uma função participativa, intermediária entre a Constituição e os microssistemas. Mister observar que as regras gerais nem sempre são reguladas por leis especiais, as quais, em geral, se amparam nos Códigos para regular situações específicas.

Essa a posição também foi agasalhada por Christian Von Bar, pois o Código Civil atual, que ainda está longe da perfeição, não pretende ser uma Constituição, isto é, não almeja ser o centro e sim ser um corpo de normas com cláusulas gerais e abertas para servir e viabilizar a atuação de todo o Direito Privado⁵³.

Certo é que o Código Civil relativiza o individualismo trazendo novos valores e, com isso, dando margem a uma leitura do Direito Civil à luz dos preceitos elevados à Carta Maior, tendo plena importância no cotidiano do cidadão brasileiro como mecanismo necessário à atuação dos dispositivos genéricos dos princípios e valores fundantes, efetivando os valores constitucionais. Isto é, não há como negar a importância do Código Civil na vida do cidadão comum, pois só ele, na condição de lei ordinária, será capaz de dar efetividade às regras consubstanciadas na Constituição Democrática⁵⁴.

Daí porque as conclusões de Natalino Irti perdem o objeto, pois desenvolvidas numa época com circunstâncias legislativas totalmente adversas da atualidade.

⁵³ Ob. cit., p. 27.

⁵⁴ Ob. cit., p. 27.

A existência dos microsistemas não impõe a supressão do Código Civil, mas a sua compatibilização e harmonização. O Diploma Civil é de fundamental importância para a vida do cidadão, pois regra os conceitos primordiais das relações jurídicas. É o direito básico da civilização. Ou seja, o Código Civil de 2002 procura, com este contrapeso de valores, dar efetividade às normas constitucionais, que propugnam, em última análise, a dignidade do ser humano. Há, no Código, disposições que elevam este ideal ao cume do Direito Privado brasileiro⁵⁵.

Ademais, o surgimento do Direito Civil Constitucional não inibiu o aparecimento de diversos outros Códigos Civis pelo mundo e nem inibiu os estudos de reforma dos Códigos tradicionais. O novo Código Civil é um progresso. Portanto, nada será como antes, porque tudo será conforme os ditames da Constituição Federal e não há qualquer incompatibilidade com as tendências do direito moderno, uma vez que há perfeita compatibilidade com o ideal de melhor distribuição de justiça, e uma melhor colocação do ser humano dentro da sociedade e seu enfoque dentro do ordenamento⁵⁶.

Logo, tem-se observado uma constitucionalização de valores condutores das relações privadas, pois o sistema deve ser operativo para alcançar sua finalidade. Para isso nasceu a chamada constitucionalização do Direito Civil. Melhor dizendo: as Constituições passaram a ficar mais civilizadas, pois o Direito Civil começou a ser incorporado pelas mesmas, modificando-as.

Daí porque o Direito Civil Constitucional não é a aplicação direta da Constituição, mas sim a maestria na aplicação do Código Civil à luz da Constituição, pois os valores constitucionais podem sofrer alterações pela própria lei, reflexo de um contexto social.

Nesse sentido, apenas a lei ordinária é capaz de dar efetividade aos valores trazidos pela Constituição Federal e, por isso, a constitucionalização não inibe a produção de normas infraconstitucionais, estas, sim, voláteis e facilmente adaptáveis às necessidades sociais ao longo do tempo.

⁵⁵ Ob. cit., p. 29.

⁵⁶ Ob. cit., p. 29 e 30.

A incidência da Constituição sobre o Direito Civil é inegável. Porém, as normas constitucionais devem respeitar o sistema jurídico posto, observando, em especial, a Parte Geral do Código Civil.

A aplicação imediata das diretrizes constitucionais deve ser evitada, sob pena de invalidação do sistema jurídico como um todo. O Judiciário deve extrair o que há de melhor no sistema jurídico existente. Por isso, ao juiz deve ser reservada apenas a nobre tarefa da judicância e não a criação de leis pela incidência direta das normas constitucionais.

O Direito não foi feito para pairar no espaço. Quanto mais concreto o conjunto normativo, mais fácil a aplicação da norma. A referência ilimitada aos princípios tende à criação de sistemas ditatoriais, sendo o sistema indutivo extremamente perigoso. O juiz não nasceu para ser legislador, mas para ser interprete. Por isso, a cláusula geral permite a interpretação, mas possibilitando contornos e limites estabelecidos pelo próprio sistema, dos quais o Judiciário não poderá fugir. A interpretação do Direito há de ser sistemática, sob pena de ofensa à unidade de valores.

2 INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CIVIS

Em verdade, é evidente a relevância do direito civil no tocante ao aspecto contratual, ainda mais diante da livre iniciativa frente à perspectiva das relações contratuais no plano civil-constitucional. Disso emerge, com efeito, a intervenção estatal nos regimes contratuais civis. O estudo do contrato abarca a livre iniciativa porque uma de suas projeções é a liberdade de participação na economia. A ação estatal sobre os contratos é de suma importância, pois é um instituto fundamental na economia de mercado, isto é, a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica⁵⁷.

É de se perceber, portanto, que os contratos são formas de ordenação dos mercados, delimitados pelo ordenamento jurídico como um todo. Permeando a livre iniciativa contratual, considera-se que o Código Civil de 2002 inovou em relação à legislação de 1916 que se pautava apenas na autonomia da vontade para formatar os ajustes contratuais.

Houve, portanto, significativa mudança de enfoque na análise das relações contratuais, posto que numa perspectiva em sintonia com o pós-modernismo, devem ser levados em conta os elementos metajurídicos e históricos que compõem a sociedade no momento de aplicação da norma. Com efeito, no decorrer dos tempos, o “*laissez-faire, laissez-passer*”, ou a ausência estatal no conteúdo avençado pelas partes contratantes cedeu espaço ao intervencionismo, por ser imprescindível ao reequilíbrio dos vínculos e à justiça contratual, seja pelo advento legal ou, ainda, por força da revisão judicial⁵⁸.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 132.

⁵⁸ BORGES. Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual*. Direito contratual: temas atuais. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 37-38. Compartilha-se da linha de raciocínio no sentido de que: “Não convence o discurso *démodé* de que a intervenção legal ou judicial nos contratos é fator de insegurança jurídica e de um suposto ‘custo Brasil’, como alardeiam os porta-vozes do empresariado nacional e estrangeiro”. Tal discurso está deslocado, fora de época, fora de contexto, pois ultrapassado no século passado, por um compromisso público com outro valor, que prevalece, como objetivo principal, sobre a segurança jurídica, que é a justiça contratual ou equidade contratual ou, simplesmente, equilíbrio contratual.

Isso porque o Estado não mais é tido pela concepção liberal pós-revolucionária, mas sim como detentor de funções promocionais importantíssimas como fruto dos movimentos sociais e das alterações inseridas pelo *Welfare State* ao capitalismo, devendo agir positivamente na sociedade, inclusive na economia e, portanto nas relações contratuais e negociais⁵⁹.

2.1 Autonomia privada

A palavra “autonomia” precede de “*autos*” (próprio) e “*nomos*” (lei; norma; regra), isto é, dar-se regras a si próprio⁶⁰. A autonomia da vontade refere-se a livre manifestação de alguém diante de uma situação contratual. É o princípio contratual clássico que nasce do pressuposto de que as partes são livres, ratificando a ideia do acordo firmado por partes posicionadas no mesmo plano de igualdade.

⁵⁹ Essa função promocional do Estado é incontestável diante das diretrizes asseguradas pelo legislador constituinte, a saber: art. 1º, III – dignidade da pessoa humana como fundamento; art. 1º, IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento; art. 3º, I a IV – construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos; art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; art. 5º XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; art. 6º - são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; art. 7º - direito dos trabalhadores urbanos e rurais; art. 170 - a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e nacionais, busca pelo pleno emprego (...); art. 173, §4º - a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; art. 173, §5º - a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular; art. 179 – tratamento jurídico diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte; art. 182 - a política de desenvolvimento urbano (...), tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; art. 182, §2º - função social da propriedade urbana; art. 186 – função social da propriedade rural; art. 192 - o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem (...), art. 193 - a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais; etc.

⁶⁰ DONNINI, Rogério José Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

Historicamente, registre-se que a autonomia da vontade surgiu com mais força em razão do liberalismo econômico, pela valorização demasiada da vontade dos contratantes que imperava acima de tudo, prevalecendo a autorregulação dos termos contratuais. Como pano de fundo, apontavam as teorias econômicas do século XVIII para a prevalência da livre circulação de riquezas na sociedade, o que se refletia na formação de contratos pautados na autonomia da vontade. Tais teorias culminaram para a elevação da autonomia da vontade em sua máxima expressão pelo Código Civil francês, pautando todo o sistema jurídico dos contratos. Isso porque a liberdade, um dos símbolos revolucionários da burguesia francesa, foi alçada a patamares ilimitados, sendo que o acordo de vontades foi equiparado à lei⁶¹.

Com o passar dos tempos, deu-se um momento de transição da extrema liberdade para a preocupação estatal com os negócios jurídicos. A liberdade passou a ser limitada pela necessidade de ampliação das funções do Estado, o qual teve papel importante no direcionamento das relações contratuais (dirigismo contratual). O absolutismo do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal foi objeto de críticas durante o século XX. Combatidos pela doutrina e pela jurisprudência, os postulados teóricos revelaram sua face oculta: a liberdade e a igualdade ideais do modelo humano abstrato que os fundamentavam ocultavam a dependência e a desigualdade material dos indivíduos e dos grupos sociais. Os desequilíbrios sociais decorriam do excesso de individualismo e do voluntarismo⁶².

⁶¹Ensina: SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org). *Diálogos sobre direito civil: Construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 250/251: “Enquanto durou o ‘império do individualismo’, e conseqüentemente a aplicação do princípio da autonomia da vontade como vértice do Direito Contratual, a preocupação da validade de atos negociais se restringia a correta e consciente manifestação da vontade das partes. Assim, a única interpretação, ou interferência pública, na esfera da liberdade privada das partes em negociação, era aquela que pudesse corrigir os vícios decorrentes dos equívocos e defeitos da manifestação subjetiva. Por tais razões, até mesmo só era possível uma interpretação subjetiva do contrato, em contraposição à tendência moderna da interpretação objetiva das cláusulas contratuais. A interpretação objetiva do contrato visa o atingimento de outras finalidades que não os da mera circulação de riquezas. Passa a ser necessário elaborar um juízo de utilidade social do ‘jogo’ em si considerado, que busca um controle judicial dos negócios jurídicos que vai além do controle superficial das ‘regras do jogo’, e passa a colocar em julgamento a própria validade social do ato, se o mesmo merece tutela jurídica. Tal controle social da validade do negócio jurídico foi batizado na Itália de *meritevolleza* do interesse privado, expressão essa eu por seu conteúdo podemos equiparar à aplicação de um novo princípio vértice do Direito Contratual nacional: a função social”.

⁶² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002, p. 39.

É que seria irreal imaginar a liberdade contratual como algo absoluto e não podendo sofrer restrições. O exercício de algum direito subjetivo não pode ser feito sem que sejam observados o ordenamento jurídico e os princípios que o norteiam e o dirigem. A necessidade de preservação da relação de equivalência surge no mundo moderno como básica para o desenvolvimento do ser humano que não consegue viver senão em interferência intersubjetiva⁶³.

Consideramos a expressão “autonomia privada” diferente de “autonomia da vontade”, pois aquela se relaciona a livre atuação dos particulares, autorizada pelo ordenamento jurídico, para a realização de seus interesses, com funções econômico-sociais diversas. Autonomia privada é a possibilidade de regulamentação dos interesses privados. Significa dizer que, por meio de negócios jurídicos, é permitido aos particulares regular os próprios interesses, mediante uma declaração de vontade que vincula as partes⁶⁴.

Como visto alhures, as relações jurídicas nascem no convívio social e pelo consenso, pois as partes criam uma norma, dentro do sistema, para reger suas relações e, assim, por essa normatização também são regidas. Ou seja, criam a norma e são regidas pela mesma. Isso tudo advém da potestade inerente à autonomia privada, que se conforma ao sistema jurídico. Isto é, a autonomia privada é a potestade atribuída pelo sistema às pessoas para criar normas individuais de Direito Privado, dentro do mesmo sistema jurídico e sem afetar as normas imperativas. Daí porque o conceito de autonomia privada não se confunde com a ideia de autonomia da vontade, preconizada pelos revolucionários franceses de 1789, ligada à noção de liberdade para fazer tudo o que o indivíduo quisesse, sem qualquer tipo de limitação.

A autonomia da privada encontra ressonância no estudo dos contratos, pois a vontade reafirma o interesse dos sujeitos de direito na sociedade. A vontade é autônoma e, ao se exteriorizar, reafirma a liberdade do homem na delimitação de

⁶³ DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 85.

⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado* (art. 104 a 188), São Paulo: Atlas, 2003, p. 42/44.

seus interesses. O que se demonstra necessário, entretanto, é abalizar essa liberdade no âmbito contratual.⁶⁵

Destarte, eventuais correções na autonomia privada ou na liberdade contratual não negam seus conceitos fundamentais, mas possibilitam nova roupagem diante de novos contextos que servem de base à realização do contrato. É que o intervencionismo público, desde limitado pelo sistema jurídico, seja pela lei ou pela revisão judicial, não maltrata a autonomia privada, apenas possibilita correções, preservando-as dentro dos limites do ordenamento.

2.2 Dirigismo contratual

Em que momento é permitido limitação da autonomia e qual seria o motivo dessa limitação? Ou seja, quais são os fatores que podem provocar essa limitação da autonomia, seja por um dos contratantes ou pelo próprio Estado? Pretendemos, sem esgotar o tema, tecer algumas digressões a respeito do chamado dirigismo contratual, tema relevante e imprescindível à exata compreensão da revisão judicial de contratos.

Limitar é sinônimo de restringir. A autonomia pode ser restringida pelo próprio particular, o qual detém o poder de alterar as bases do acordo, limitando-as, a depender da situação do caso concreto. É o que se convencionou chamar de dirigismo privado. Ademais, a limitação da vontade, também, pode traduzir a interferência do Estado na liberdade contratual. Essa intervenção estatal pode acontecer de diversas maneiras e, dentre elas, por meio da revisão judicial de contratos. É o chamado dirigismo estatal.

⁶⁵ Nesse sentido, pondera: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 225: “Simplesmente em la permisión de hacer algo em la permisión de omitirlo, no incluye em tanto ta ningún aseguramiento a través de normas y derechos que protejan La libertad. (...) Toda libertad iusfundamental es una libertad que, por lo menos, existe em relación com el Estado.”

É que o excessivo rigor na aplicação do *pacta sunt servanta*, com o passar do tempo, foi mitigado para que o contrato fosse ajustado à nova realidade social, objetivando preservar o equilíbrio da relação contratual. Por conta disso o Estado passou a interferir nas relações contratuais, intensificando-se essa interação no início do século passado, porém já se fazia presente desde a Revolução Industrial. Essa intervenção estatal passou a ser chamada de dirigismo contratual, tendo por escopo a limitação da autonomia privada, para que não fosse distanciada a ideia de comutatividade do contrato, com o restabelecimento do equilíbrio das prestações⁶⁶.

O juiz, dessa forma, pode intervir no caso concreto exercendo controle sobre a forma do contrato, zelando pela manutenção do equilíbrio entre os contratantes. Esse poder de intervenção é prescrito pelo comando do artigo 317 do Código Civil⁶⁷ para corrigir distorções econômicas nos contratos exequíveis a médio e longo prazo, refletindo os ditames da teoria da imprevisão. Com efeito, as regras genéricas da revisão encontram-se previstas nos artigos 478 a 480 do Diploma Material Civil. Trata-se de aplicação específica da teoria da imprevisão, apenas para reconhecer ao juiz poderes para atualizar monetariamente a prestação contratual, uma vez que as regras genéricas da imprevisão, autorizadas da resolução ou revisão dos termos da própria avença, encontram-se consignadas nos arts. 478 a 480 do CC⁶⁸.

Nem se diga que a resolução do contrato pode ser evitada através da modificação equitativa de seu conteúdo, com preceitua o artigo 479 do Código Civil⁶⁹, situação na qual há de prevalecer a revisão judicial dos termos contratados, mantendo-se o negócio jurídico em bases mais equilibradas. Daí porque o divisor de águas entre a extinção e a revisão judicial de contratos deve ser a utilidade da prestação e o interesse na manutenção da avença, prestigiando-se a segurança das relações jurídicas e as expectativas de direito.

⁶⁶ DONNINI, Rogério José Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

⁶⁷ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2. p. 52.

⁶⁹ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Nesse novo contexto trazido pelo Código Civil de 2002, aplica-se ao contrato o princípio da função social em detrimento de ações meramente egocêntricas. Com efeito, “o respeito pelos direitos dos particulares têm como instrumento a relativização dos direitos subjetivos pela função social”⁷⁰.

Inerente ao Código Civil de 2002, o princípio da função social convalida um dos preceitos esculpido pela novel legislação, ou seja, a socialização, impregnando pelo aspecto social os direitos e deveres dos contratantes, funcionalizando-os sem comprometer, entretanto, os fins econômicos. É que a noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, e a buscar em valores sociais que o ordenamento instituiu como fundamento de todos os ramos do direito⁷¹.

Nota-se, nesse mister, que o direito contratual moldou-se a essa necessária função social para efetivar a justiça e preservar o equilíbrio entre as partes, preservando assim a essência do contrato diante da nova realidade socioeconômica. Esta socialização da teoria contratual se fará sentir em um intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo⁷².

Acerca da função social e, em face da necessidade de conciliação entre a liberdade individual, de um lado, e, de outro, um Estado com propósitos assistencialistas, pergunta-se: o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a livre iniciativa se, e somente se, revestida de valor social, ou, ao invés, o valor social é inerente a livre iniciativa como tal⁷³.

⁷⁰ GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

⁷¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 223.

⁷² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, p. 155.

⁷³ Ob. cit., p. 280.

Ao se rascunhar qualquer vestígio de resposta chega-se a conclusão de que o problema é solvido pela ponderação de princípios constitucionais. Para superar o aparente impasse colidem a dignidade da pessoa humana com os princípios da livre iniciativa e da intervenção do Estado na relação entre particulares.

Cinge-se a questão a análise do caso concreto na medida em que o poder estatal deve atuar diante do exagero do particular em expressar sua vontade de contratar. Porém, essa atuação do Estado realiza-se para garantir o princípio da livre iniciativa, isto é, o próprio direito individual. Exemplificando, a limitação da autonomia da vontade pode ocorrer em contratos que afrontem diretamente a ordem econômica. Seriam contrários a sua função social os contratos que violassem a ordem econômica, seja determinando o aumento arbitrário de lucro, seja causando o domínio de mercado relevante por parte de uma empresa co-contratante; seja possibilitando o exercício abusivo de posição dominante de uma das partes; bem como contratos onde houvesse desproporcional vantagem patrimonial de uma das partes, em detrimento de outra, por força de circunstâncias tais como o estado de perigo, o estado de necessidade e inexperiência da outra parte⁷⁴.

O Código Civil de 2002 limitou a autonomia da vontade, codificando determinadas situações. Além da mencionada situação da função social do contrato, a boa-fé objetiva⁷⁵ passou a balizar as relações contratuais. Não se discute que o princípio da boa-fé objetiva fundamenta todo o direito obrigacional. É que a atividade privada, quando considera a boa-fé objetiva, em verdade se embasa noutros princípios fundamentais inseridos na Constituição Federal, em especial a dignidade da pessoa humana, o valor social da livre iniciativa, a igualdade e a solidariedade social.

A boa-fé objetiva insere-se na proposta social do Diploma Material de 2002, proporcionando certa ingerência nas relações contratuais através da possibilidade

⁷⁴ Ob. cit., p. 56.

⁷⁵ A boa-fé subjetiva refere-se ao estado psicológico e de consciência caracterizado pela ignorância de lesar interesses alheios, ao passo que a boa-fé objetiva indica forma de interpretação dos negócios jurídicos, sendo norma de conduta que impõe aos particulares um dever de agir pautado na lealdade.

de intervenção nos contratos, ou seja, facilitando a limitação da autonomia da vontade pelo dirigismo contratual esculpido pelos anseios sociais.

2.3 Ordem pública

Nesse diapasão, importante destacar a interação entre a vontade do particular e a ordem pública, partindo-se da inegável civilização do direito constitucional. Nesse mister, passaremos a traçar breves apontamentos relacionados à distinção entre o Direito Público e o Privado, confrontando assim a relação privada e a ordem pública. Isso porque, no estudo da economia nos dias atuais nas relações contratuais civis inexistente separação entre a visão individualista do direito privado e o interesse social do direito público. O direito é um só e assim deve ser compreendido.

Não se discute a fluidez da expressão “ordem pública”. Isso porque, a ideia de ordem pública é variável pelos interesses sociais, normatização jurídica, organização econômica e social, conforme a aceção e contexto num dado momento histórico.

Da mesma forma, também não se questiona que a dicotomia entre público e privado se acentuou pelo constitucionalismo e, no modelo mais recente, percebeu-se a existência de categorias de pessoas que excedem o âmbito individual, mas que não se inserem no âmbito de direito público. Ou seja, a crescente interferência estatal nas relações privadas encurtou ainda mais a distância entre Direito Público e Privado, relativizando-a.

Com efeito, o direito não pode ser compreendido a partir de uma formação em blocos estanques. Dentro da dinâmica dessa unidade que é o direito, inexistente primazia absoluta do individual sobre o coletivo e, da mesma forma, o coletivo também não deve prevalecer indistintamente sobre o individual, sob pena de se limitar em demasia o indivíduo, ofendendo a ideia de dignidade da pessoa humana⁷⁶.

⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

A tutela deve ser direcionada ao indivíduo. Com o reconhecimento da pessoa humana como valor central e unitário do ordenamento jurídico civil, a tradicional dicotomia público/privado também perde espaço, uma vez que se amplia a tutela da pessoa humana, extrapolando as limitações das relações entre o indivíduo e o Estado, para alcançar todas as relações privadas. Não se trata de tarefa exclusivamente do Estado, a proteção do ser humano, senão de toda a sociedade e em todas as esferas de atuação do indivíduo⁷⁷.

Com efeito, a constitucionalização de valores já inseridos no Direito Civil condiciona a observância, pela sociedade, de certos valores já consagrados como princípios fundamentais de Direito Privado (como a função social do contrato e a boa-fé objetiva). Trata-se da “publicização do privado” ou “privatização do público”, expressões explicadas por Norberto Bobbio⁷⁸. Ou, ainda, nas expressões estrangeiras⁷⁹ “*Drittwirkung*” ou “*State Action*”, referindo-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil. É que ordem jurídica privada fundamenta e está inserida no seio constitucional, motivo pelo qual atualmente não se demarcam espaços distintos ou contrapostos entre o Direito Público e o Privado.

Dessarte, a intervenção do Estado nas relações privadas foi severamente criticada no século passado. Pelo controle estatal de ingerência naquilo que as partes contratavam, disseminou-se o enfraquecimento do caráter privado do Direito contratual. Diante desse suposta debilidade do direito privado, chegou-se a asseverar que tudo seria público, mormente as relações contratuais⁸⁰. É o chamado dirigismo contratual que objetivava a restrição da liberdade de contratar, nitidamente

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo (Coord). *A parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 26: “Publicização do privado é de fato um processo que as doutrinas socialistas politicamente eficazes favoreceram, enquanto os liberais de ontem e de hoje, bem como as várias correntes do socialismo libertário até agora politicamente ineficazes, depreciam e continuam a depreciar como um dos produtos perversos desta sociedade de massa na qual o indivíduo, tal como o escravo hobbesiano, pede proteção em troca da liberdade (...). A privatização do público representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos”.

⁷⁹ CANOTILHO apud GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) et al. *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108/115.

⁸⁰ Georges Ripert in *Le déclin du Droit (étude sur la législation contemporaine)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, p. 37 e s.

no sentido de evitar abusos perpetrados pela parte mais forte da relação contratual, mitigando a autonomia privada⁸¹.

2.4 Contratos civis: direito das obrigações, evolução contratual e contratos na perspectiva civil-constitucional

A circulação de riquezas, oriunda das relações econômicas, advém de negócios jurídicos que possuem como parâmetros o direito das obrigações, instrumentalizando-se por meio de contratos, isto é, acordos entre os particulares disciplinados pelo Código Civil e, portanto, criados sob o manto de seus princípios norteadores.

Contrato o acordo de duas ou mais vontades, conforme a ordem jurídica, visando ao estabelecimento de uma regulamentação de interesses entre as partes, como o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. Para Maria Helena Diniz é o:

Acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial⁸².

Convém apenas notar que há três tipos de requisitos inerentes aos contratos: os subjetivos, os objetivos e os formais, cada um deles estudados em seus detalhes pela doutrina. Quanto aos requisitos subjetivos, um contrato deve necessariamente ser formado por duas ou mais pessoas aptas a praticar os atos da vida civil, com

⁸¹ Há vários exemplos de dirigismo contratual no nosso ordenamento jurídico. Ele está presente nas relações de consumo, reguladas pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Mais recentemente, em vários dispositivos do atual Código Civil, tais como os arts. 421 (função social do contrato) e 2.035. No contrato de trabalho há várias disposições na CLT que limitam a autonomia privada. Outro exemplo é o da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), que estabelece no art. 37, parágrafo único, limitação às modalidades de garantia da locação, entre outras restrições existentes nessa lei.

⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

capacidade e legitimidade para contratar. Por requisitos objetivos, vale citar a licitude do objeto, a possibilidade física ou jurídica do negócio jurídico, a determinação do objeto do contrato e a economicidade de seu objeto. Os requisitos formais podem ser contemplados nos artigos 129 e 179 do Código Civil.

Adiante, o que se pretende é a análise do direito das obrigações, da evolução dos contratos e da perspectiva civil-constitucional para, com isso, delinear-se contornos próprios para a interpretação das relações civis na ordem econômica e social.

Isso porque é através das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico, estabelecendo-se a autonomia da vontade entre os particulares na esfera patrimonial. É que o direito das obrigações exerce grande influência na vida econômica, em razão, principalmente, da notável frequência das relações jurídicas obrigacionais no moderno mundo consumerista. Intervém ele na vida econômica, não só na produção, envolvendo a aquisição de matéria-prima e harmonização da relação capital-trabalho, mas também nas relações de consumo, sob diversas modalidades e na distribuição dos bens⁸³.

O Direito das Obrigações (ou Direito Pessoal) é o conjunto de normas que costumam reger as relações jurídicas de ordem patrimonial, na qual um cidadão necessita prestar e ao outro é dado o direito de exigir essa prestação. Diante disso, é possível ressaltar que o Direito Civil se refere ao vínculo existente entre credores e devedores, lidando somente com as relações pessoais, já que seu conteúdo diz respeito à prestação patrimonial que é a ação ou omissão da parte vinculada (devedor), considerando o interesse do credor, que possui o direito de exigir o cumprimento da obrigação⁸⁴.

Desta feita, as obrigações podem decorrer de manifestações bilaterais de vontade, ou seja, de contratos, pois estes são fontes das obrigações. A fonte, no direito relaciona-se a causa de certos institutos jurídicos e o contrato é uma das

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2. p. 03.

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva: 2004, v.2. p. 112.

maneiras pelas quais emergem obrigações. O Código Civil reconhece três fontes obrigacionais: o contrato, o ato ilícito e as declarações unilaterais de vontade. Assim, as relações jurídicas obrigacionais não podem ser estritamente cumpridas sem qualquer observância aos princípios correlatos. Deve haver, portanto, a necessária ponderação de interesses entre a livre iniciativa e os princípios da liberdade contratual e a intervenção estatal.

Nesse enfoque, é certo que o direito das obrigações é fonte do direito contratual. Porém, antes de estudar os contratos na perspectiva civil-constitucional e a ponderação de princípios, importante traçar singelos apontamentos sobre a evolução dos contratos. Isso, pois, o direito como uma estrutura social mutável, imposta à sociedade é afetado por mudanças fundamentais dentro da sociedade e é, em ampla escala, um instrumento assim como um produto dos que detêm o poder⁸⁵.

Há muito tempo o contrato vem sendo modificado, em especial após a Primeira Grande Guerra. Todavia, como se sabe, a principal alteração na concepção clássica do contrato foi a intervenção estatal nessa relação, com o propósito de estabelecer o equilíbrio pressuposto no momento da contratação⁸⁶.

Na esteira dessa breve análise histórica, mister apontar apenas os períodos que melhor exemplificam as fases evolutivas das relações obrigacionais. Dentre elas destacam-se o legado deixado pelo direito romano, Idade Média, Renascimento e Iluminismo, por fim.

Antigamente, na época romana, o termo “obrigações” era, até então, desconhecido e desprovido de seu atual significado. O período romano poderia ser dividido em quatro momentos: *nexum* (primeira ideia de vínculo entre sujeitos na qual se o devedor não cumprisse com a obrigação assumida, era convertido em escravo ou responderia pela dívida com seu próprio corpo); *contractus* (surgiram com o *ius civiles* e refletiam o teor da rigidez em sua estrutura, preocupando-se

⁸⁵ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 277.

⁸⁶ V. sobre a transformação do contrato GILMORE, Grant. *The death of contract - La Morte del Contrato*, tradução de Andrea Fusaro, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

apenas com os contratos reais ou formais, nos quais, em caso de inadimplemento, o credor poderia se utilizar da *actio*⁸⁷ para preservar seus direitos); *pactum* (mero acordo em que os devedores não poderiam ser responsabilizados pelos credores em caso de descumprimento, diante do mero valor moral e, portanto, desprovido do caráter obrigatório e da *actio*) e, por fim; Constituições imperiais (atenuação do formalismo dos *contractus* e criação de uma teoria sobre contratos inominados e pactos mais simples)⁸⁸.

Derivando dos costumes germânicos, a teoria das obrigações originou-se na Europa, entre os séculos V e XV, durante a Idade Média. Nesse época, a responsabilidade pelo descumprimento confundia-se com a responsabilidade pela e com a vingança privada. A valoração das palavras previstas nos contratos passou a ter maior relevância apenas com o Renascimento e, inegavelmente, houve grande influência da Igreja nos valores morais⁸⁹.

Em verdade, com o passar dos tempos, constatou-se que a liberdade contratual (livre inserção de cláusulas contratuais pelos contraentes), advinda do princípio da autonomia privada, e a pretensa igualdade formal⁹⁰ entre as partes contratantes nunca foram suficientes para se conseguir a almejada justiça contratual.

Esse o modelo liberal, conseqüente daquele preconizado no *Code Napoléon*,⁹¹ o “Código da Burguesia”, foi inspirado no liberalismo do século XIX. Essa perspectiva contratual imperou no Brasil com o Código Civil de 1916 e distanciou-se daquela preconizada na Alemanha com o advento do *Bürgerliches Gesetzbuch*⁹²(1896), considerado o “Código da Ética”⁹³.

⁸⁷ A *actio* romana identificava-se aproximadamente com a noção atual de direito subjetivo.

⁸⁸ DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

⁸⁹ DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

⁹⁰ A igualdade entre as partes deve ser substancial ou real e está baseada no tratamento desigual para desiguais.

⁹¹ Código Civil francês de 1804.

⁹² Código Civil alemão (BGB), que entrou em vigor em 1900.

⁹³ O § 157 do BGB estatui que “os contratos devem ser interpretados como exigem a boa-fé e a intenção das partes determinada segundo os usos”. No mesmo sentido o § 242 do *BGB* reza que “o devedor é obrigado a efetuar sua prestação como exigem a boa-fé e a intenção das partes

Forte marco foi o Código Civil francês, no século XIX, consagrou a força obrigatória dos contratos, valorando ainda mais a autonomia da vontade pela influência dos ideais revolucionários. O Iluminismo afastou os dogmas e as tradições religiosas, colocando o homem no centro de suas preocupações. Por isso, o centro de tudo passou a ser o indivíduo, a propriedade e, por conseguinte, a aquisição de bens⁹⁴.

O Código Civil brasileiro de 1916 sofreu intensa influência dos ideais franceses do liberalismo, motivo pelo qual, refletindo as inspirações da época, valorizou acima de tudo o indivíduo, a liberdade e a propriedade, ou seja, o caráter patrimonialista do direito. Dessa maneira se dava a oferta e a aceitação, o livre consentimento e a igualdade formal das partes, bases precípuas para a liberdade de contratar (autonomia privada), a obrigatoriedade da convenção e os efeitos desta vinculando apenas os contratantes (princípio da relatividade dos efeitos dos contratos).

Com efeito, aquele modelo contratual era focado em fundamentos estritamente individualistas, conforme uma igualdade formal, fazendo lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), imperando no Brasil até o final do século passado⁹⁵. Com supedâneo no princípio da força obrigatória dos pactos (intangibilidade contratual), se os contratantes eram livres para firmar um contrato, deveriam assumir todas as obrigações pactuadas, segundo a vontade manifestada, independentemente do aspecto ético daquela relação, ou mesmo de um ideal de justiça.

Ocorre que essa acepção de contrato não mais atendia aos anseios sociais, não espelhando a frequência diária das contratações, isto é, pactos desequilibrados, forjados de forma iníqua, com ausência de boa-fé e, sobretudo, sob o argumento de

determinada segundo os usos.” No direito alemão, portanto, esse princípio transformou o direito obrigacional clássico, exigindo dos contratantes, na formação do pacto, honestidade, lealdade e probidade.

⁹⁴ DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

⁹⁵ O marco da transformação do contrato no Brasil foi a Constituição Federal de 1988. Em razão de determinação de nosso texto constitucional (art. 170, V), foi criado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que alterou sobremaneira a noção clássica de contrato.

que havia absoluta autonomia privada e as partes, dessa maneira, estavam livres para contratar, alterando-se a relação contratual com a intervenção do Estado. É que o perfil do contrato modificou-se, abandonando-se o rigor de sua intangibilidade, de sua força obrigatória, para adaptá-lo a uma nova realidade social, que buscava, antes de tudo, uma relação equânime e justa.

Como dito alhures, o Código Civil de 2002 rompeu com o patrimonialismo e o caráter essencialmente individualista na medida em que buscou alicerçar-se em preceitos sociais nos quais a força obrigatória dos contratos passou a ser flexibilizada dando guarida ao bem comum e a função social dos contratos. Ensina Bruna Lyra Duque⁹⁶:

A opção entre o individual e o social oportuniza a releitura das posições jurídicas ocupadas pelo credor e pelo devedor, não mais identificados, respectivamente, mediante polos estanques do direito de crédito, mas, especialmente, reconhecendo que o contrato se caracteriza antes por uma situação jurídica subjetiva, patrimonial e existencial.

É de se concluir que, a partir da vigência do Código Civil, destacou-se a perspectiva constitucional do direito civil, em especial no que tange a função social do contrato. Essa mudança de paradigma retrata a transição do Estado liberal para o Estado social. O direito privado passou a ser tutelador e preocupado com abusos, buscando assegurar igualdade de condições aos contratantes ao consentir com critérios sociais para a justa circulação de riquezas.

Não se nega que o contrato, sob o prisma econômico, é um forte pilar que garante o equilíbrio social. O caráter obrigacional existente nos contratos está nitidamente relacionado aos interesses sociais. Tais interesses prevalecem aos particulares, pois, em última análise, a proteção dos direitos sociais é a consagração dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade. Assim, o estudo do direito civil constitucional possibilita a ponderação de princípios entre a liberdade econômica e a

⁹⁶ Ob. cit., p. 105.

intervenção estatal, respeitando-se, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, havendo colisão entre os princípios⁹⁷.

Muito embora a segurança jurídica permaneça como um valor inevitável no campo jurídico, social e econômico, prevalece na ordem civil constitucional, em especial no campo obrigacional e contemporâneo, a justiça contratual (equidade). Isso porque a segurança jurídica, em que pese necessária, não encontra tanto relevo quanto na ordem liberal pós-revolucionária, diante da mudança de paradigma estabelecida com a evolução histórica.

É que a nova ordem civil constitucional, ao invés de conservadora, passou a ser caracterizada pela solidariedade e pelo dirigismo normativo. Daí porque, a teoria contratual privilegia a equidade e o equilíbrio na aplicação da justiça nas relações sociais. É que para se atingir os objetivos fundamentais preconizados pelo Constituinte (art. 3º da CF/88) é mais do necessário que o ordenamento seja capaz de implementar transformações progressivas nos mais diversos âmbitos sociais.

Disso, portanto, decorre a mudança de conceituação do contrato, que deixou de ser um mero acordo de vontades e, com a evolução dos tempos, atrelou-se a noção de um acordo com no qual repousa, além da conjunção de vontades, um vínculo de cooperação. Desse vínculo decorre, portanto, a ideia de confiança, boa-fé e função social. Com efeito, as partes deixaram de possuir interesses antagônicos e passaram a ter necessidade de atuação cooperativa. Atualmente, não se concebe contratante que atue divergindo da consecução dos fins contratuais ou, ainda, um contrato bilateral e oneroso que produza vantagens para apenas um dos contratantes.

⁹⁷ DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 106.

3 CONTRATO DE CESSÃO DE CRÉDITO

Nos dias atuais, despidiendo anotar que o crédito é um fator significativo para o desenvolvimento socioeconômico de qualquer país. A utilização do crédito⁹⁸ influencia na utilização do capital e na circulação de riquezas, bem como determina o investimento na produção, a possibilidade de geração de empregos e, sobretudo, o consumo de bens. O crédito⁹⁹ é, dessa forma, um instrumento necessário de acesso aos bens materiais que possibilita a satisfação de necessidades existenciais, mormente diante da insuficiência do Estado em garantir aos cidadãos uma vida digna.

Não se discute que o crédito possui aspectos diferenciados segundo a finalidade para a qual é outorgado: à produção industrial, à atividade rural, ao comércio, ao consumidor, todos vinculados à atividade econômica. Subsistem, ao lado de tais modalidades de créditos, as operações feitas sem pretensão especulativa, que não se amoldam ao sistema financeiro nacional, não estando previamente definidas (v.g., mútuo realizado entre particulares). Seja num contexto ou no outro, a operação de crédito pode ser conceituada pela transformação de um importe presente por outro futuro.

A operação na qual alguém efetua uma prestação presente contra a promessa de prestação futura é denominada, portanto, operação de crédito que, por excelência, é aquela em que a prestação é realizada e a contraprestação se promete em dinheiro¹⁰⁰.

⁹⁸ RIPERT, Georges *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 132-134.

⁹⁹ Giuseppe Auletta e Niccolò Salanitro: *“Dal punto di vista economico, è noto che la economia moderna si fonda largamente sul credito. La maggior parte dei produttori, infatti, per potere collocare il maggior numero di beni prodotti, li vendono a credito; a loro volta, gli stessi produttori hanno bisogno di ricostituire i loro capitali in moneta, per potere riprendere il ciclo di produzione: perciò in tanto possono vendere a credito i prodotti, in quanto riescono a cedere ad altri (di solito: le banche) i crediti verso la clientela. In linea generale può affermarsi che chi ha bisogno di credito l’ottiene tanto più largamente quanto più il creditore è sicuro di potere, sempre che voglia, cedere ad altri il suo credito e realizzarne così il valore in denaro”* (*Diritto Commerciale*, Milão, Giuffrè Editore, 2003, p.305).

¹⁰⁰ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. v. III, T. II, Campinas-SP: Russell, 2003, p. 58.

Economicamente, implica o crédito dois elementos básicos: a confiança, pois ao entregar um bem ao devedor, o credor demonstra confiar que o devedor o pague ou o devolva e o tempo, havendo sempre um período de que medeia a entrega do bem e sua devolução ou pagamento. Portanto, o crédito pressupõe prazo¹⁰¹.

Significa dizer, portanto, que o crédito, ou seja, a confiança que uma pessoa inspira a outra de cumprir, no futuro, obrigação atualmente assumida, veio facilitar grandemente as operações comerciais, marcando um passo avantajado para o desenvolvimento das mesmas¹⁰².

Com o desenvolvimento natural das relações econômicas o Direito, enquanto ciência jurídica, criou instrumentos para facilitar a substituição da posição do credor. Dessa maneira, o que era inadmissível outrora pelo caráter personalíssimo da obrigação¹⁰³, tornou-se essencial para a utilização do crédito, facultando seu usufruto por uma gama aberta de indivíduos. Daí porque, o surgimento dos títulos de crédito, teve o propósito de objetivar o direito de crédito, o qual passou a ser negociado como coisa móvel¹⁰⁴.

O desenvolvimento do Direito Cambiário implementou um tipo de dicotomia de regimes de substituição do credor na relação de crédito, isto é, “cessão de crédito do Direito obrigacional comum” e “circulação cambiária do crédito”. Por conta dessa evolução histórica, o sistema de transmissão de crédito aponta dois regimes distintos, sendo eles a cessão *comum* e a cessão por meio dos títulos de crédito. Tanto é verdade que o Código Civil brasileiro de 2002 traz regras tanto sobre a cessão *comum* de crédito (arts. 286 a 298) quanto sobre os títulos de crédito (arts. 887 a 926).

¹⁰¹ BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de Crédito*, São Paulo: Atlas, 1996, p. 21.

¹⁰² MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3.

¹⁰³ Sobre a cessão de crédito, argumentava Clóvis Beviláqua que se trata de “*instituto relativamente moderno, estranho aos romanos, para os quais a rigorosa personalidade do vínculo obrigacional não permitia a transmissão dos direitos creditórios por ato entre vivos. Hoje a doutrina está, definitivamente, formada, e os modernos Códigos Civis, o alemão, o suíço das obrigações, e o nosso, deram à transferência dos créditos o seu lugar próprio, na parte geral das obrigações, para acentuar a sua generalidade, e fixaram os seus caracteres dominantes*” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Vol. IV, Rio de Janeiro, Editora Paulo de Azevedo, 11ª edição, 1958, p. 180).

¹⁰⁴ Frise-se que os juristas da época inseriram o estudo da circulação do crédito entre o “Direito das Coisas”, tanto que Vivante consolidou os estudos no Volume III (“Das coisas”) de seu Tratado de Direito Mercantil (confira-se a respeito a edição espanhola da 5ª edição do Tratado, publicada em Madri, em 1936, pela Editora Reus, traduzida por Miguel Cabeza Y Anido, p. 135-629).

Ou seja, a transmissibilidade das obrigações, teve uma mudança conceitual em relação ao Direito Romano, que atribuíam um caráter pessoal e corpóreo à responsabilidade do devedor pela prestação, vigendo nas relações obrigacionais o princípio da intransmissibilidade. Atualmente, e de forma significativamente oposta, a transmissibilidade das obrigações é consagrada no novo Código Civil em seus artigos 286 a 303. Numa visão moderna, fruto da evolução social, credores e devedores consideram-se substituíveis ao passo que a relação jurídica obrigacional pode permanecer intacta.

Assim, como cerne dos direitos pessoais de caráter patrimonial, as obrigações movimentam a circulação de riquezas, sendo inevitável a modificação das condições de sujeitos (ativo e passivo) na estruturação obrigacional. Não se pode afastar, portanto, a importância prática do tema, pois é comum a ocorrência no meio social, em especial em transações empresariais.

A transmissão das obrigações deve ser estudada diante de princípios sociais contratuais e obrigacionais, em especial o princípio da Boa-Fé Objetiva e da Função Social, inerentes ao estudo do Direito Privado.

Em sentido amplo, a cessão pode ser conceituada como a transferência negocial, a título oneroso ou gratuito, de uma posição na relação jurídica obrigacional, tendo como objeto um direito ou um dever, com todas as características previstas antes da transmissão¹⁰⁵, sendo que o Direito Civil brasileiro admite três formas de transmissão das obrigações: cessão de crédito, cessão de débito e cessão de contrato.

Considerando que à época do Código Civil de 1916 as relações obrigacionais não eram complexas como atualmente, aquela legislação tratava apenas da cessão de crédito. A legislação de 2002 (artigos 286 a 303), além de tratar da cessão de crédito, trata também da cessão de débito (assunção de dívida), sendo certo que a cessão de contrato não recebeu tratamento específico, continuando a sua existência a ser debatida pela doutrina e admitida pela jurisprudência.

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 380.

Sem perder de vista a tendência de personalização do Direito Privado, mister a feitura de um corte epistemológico para que se deixe clara a intenção de analisar, no tocante a transmissão de obrigações, apenas a forma objeto desse estudo, ou seja, delimitando-se a análise da cessão de crédito, traçando-se breves apontamentos distintivos desse instituto em relação à cessão de débito (assunção de dívida) e cessão de contrato.

3.1 Cessão de crédito

A cessão de crédito é um dos instrumentos capazes de funcionalizar o mercado econômico. A expressão “economia” provém do grego “*oikos*” (riqueza; fortuna) em contração com a palavra “*nomos*” (regra; administração). Alguns autores¹⁰⁶ definem que a economia é a “ciência que estuda as relações humanas denominadas econômicas, avaliáveis em moeda e tendo por um fim um consumo”. Assim, é possível se depreender que o homem é o agente, o consumo a causa final e as relações econômicas o meio.

As cessões de crédito, como instrumentos aptos a fomentar a economia, para que estejam em sintonia com o Direito Civil Constitucional, devem ter como norte o postulado maior de que o homem não é apenas um agente das relações econômicas, mas a sua própria causa (art. 170, CF/88). Qualquer mercado não contemplativo da solidariedade social e da dignidade do homem contratante deixará de cumprir o comando constitucional, o qual não deixa margem para o mercado econômico não conformado pela justiça social.

Significa dizer que o mercado econômico, acima de tudo, não deve acabar com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), jamais deve desprezar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV da CF/88), afastar-se da construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I da CF/88), buscando

¹⁰⁶ SILVA, Adelphino Teixeira da. *Iniciação à economia*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 15.

sempre erradicar a pobreza, a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CF/88).

Com efeito, a cessão de crédito contribui como um instrumento da economia capaz de funcionalizar a ordem jurídica e econômica, elevando a sistemática em sintonia com os preceitos constitucionais. Funcionalizar é impor aos clássicos institutos jurídicos do liberalismo um novo anseio social. Isto é, significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico coletivo. A ideia de função social deve estender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo¹⁰⁷.

Cessão de crédito é o negócio pelo qual o credor transfere a terceiro sua posição na relação obrigacional¹⁰⁸. A novel legislação inovou em razão do prestígio conferido pelo princípio da boa-fé ao acrescentar à primeira parte que a cláusula proibitiva da cessão só produz efeitos contra terceiroscessionários de boa-fé se expressamente constar do instrumento negocial originário da obrigação. Como a transferência do crédito é a passagem do direito de um sujeito para outro, pode-se identificar como uma sucessão no crédito. Tem-se, assim, uma transferência de crédito a título particular entre pessoas vivas, isto é, um negócio jurídico classificável como de alienação, termo utilizado como simples transmissão a pessoa alheia.

O instituto da cessão de crédito refere-se a um negócio jurídico bilateral ou sinalagmático que poderá ser gratuito ou oneroso pelo qual um credor, enquanto sujeito ativo de uma determinada obrigação, pode transferir a outrem, total ou parcialmente, a sua posição na relação jurídica obrigacional. A pessoa que realiza a cessão é denominada *cedente*. Aquele que recebe o direito de credor denomina-se *cessionário*. Por sua vez, o devedor é chamado de *cedido*.

Certo é que, com a cessão, transmitem-se todos os direitos da relação

¹⁰⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 347.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 249.

obrigacionais (acessórios e garantias da dívida), salvo disposição em contrário. Ademais, a cessão independe de anuência do devedor (cedido), o qual não precisa consentir com a transmissão. Importante frisar, ainda, que inexistente na cessão de crédito a extinção do vínculo obrigacional, diferenciando-se das formas especiais de pagamento indireto (sub-rogação e novação).

A cessão de crédito vem prevista no artigo 286 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 286 - O credor pode ceder o seu crédito, se a isto não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Esse dispositivo traz algumas premissas:

- a) Em determinadas situações não é possível ceder o crédito em decorrência de vedação legal (v.g., obrigações de alimentos – art. 1.707 do CC/02) e nos casos de direito da personalidade (v.g., art. 11 do CC/02);
- b) Se a impossibilidade de cessão constar do instrumento gera obrigação inexecutável e, se essa cláusula de impossibilidade de cessão violar preceito de ordem pública, a disposição não poderá prevalecer pela supremacia da aplicação do princípio da Função Social dos contratos e das obrigações, que limita a autonomia privada em sua eficácia interna entre os contratantes (art. 421 CC/02);
- c) Essa cláusula proibitiva não pode ser oposta contra o cessionário de boa-fé se não constar do instrumento da obrigação, diante da sintonia com o princípio da Eticidade (norteador do CC/02), sendo que a Boa-fé Objetiva espelha princípio de ordem pública¹⁰⁹.

A cessão, por ser uma forma de alienação – transmitir a outrem requer a

¹⁰⁹ Enunciado 363 CJF/STJ: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.”

disponibilidade do crédito, e pode ser feita mediante contraprestação, onerosamente, ou sem contraprestação, gratuitamente; mas é de se observar que em qualquer dos tipos o que se tem é a mesma situação jurídica, em que o cessionário continua na situação do cedente; não se criam situações cronologicamente sucessivas quanto ao crédito¹¹⁰.

A lei é clara no sentido de que “na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios”, salvo disposição em contrário (art. 287, CC/02). Trata-se da aplicação do brocardo latino “*accessorium sequitur principale*”, envolvendo a cessão legal.

A cessão de crédito, via de regra, detém eficácia entre as partes. Para que o acordo possa ser oposto a terceiros é necessária a realização por escrito mediante instrumento público ou particular, desde que cumpridos os requisitos do artigo 654 do CC/02¹¹¹, em sintonia com o artigo 288 do mesmo Diploma. Ou seja, para que a cessão de crédito possua eficácia *erga omnes*, é necessária a presença dos mesmos pressupostos do mandato, a saber: a.) indicação do lugar onde foi celebrada a avença; b.) qualificação das partes; c.) data da transmissão; d.) finalidade da transmissão e, por fim; e.) designação e extensão da obrigação cedida.

Aquele que cede crédito hipotecário, por sua vez, poderá averbar a cessão, ainda, no registro de imóveis, assegurando seus direitos ainda com mais cautela. É o que prescreve o artigo 289 do CC/02. Ademais, essa mesma regra, por analogia, pode socorrer à sub-rogação legal operada em favor daquele que adquire imóvel hipotecado e paga o credor hipotecário, nos termos do artigo 346, II do Diploma Material¹¹².

¹¹⁰ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. v. 2, Obrigações, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, 141.

¹¹¹ Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante. § 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos. § 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.

¹¹² Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: I - do credor que paga a dívida do devedor comum; II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. Grifo nosso.

Para que a cessão seja eficaz, imperiosa a notificação do devedor, segundo reza o artigo 290 do CC/02¹¹³. Quanto à forma, a lei não traz ressalvas (judicial ou extrajudicial), bastando que o recebimento da notificação seja incontestado. Admite-se, inclusive, a notificação presumida, segundo a qual o devedor, em escrito público ou particular, declara-se ciente da cessão implementada.

Prevalece a cessão operada com a tradição do título cedido no caso de serem realizadas diversas cessões do mesmo crédito (art. 291, CC/02). Em caso de comportamento evadido de má-fé, com indícios de malícia pela transação a diversos credores por caráter oneroso, é o caso de aplicação das regras inerentes ao enriquecimento sem causa e pagamento indevido (artigos 876 a 886, CC/02).

Considerando a inexistência de prazo para a notificação do devedor, este fica desobrigado de pagar ao credor primitivo antes de ter ciência da cessão do crédito. Ademais, havendo diversas cessões notificadas, o devedor deve pagar ao cessionário que apresentar o título ou a obrigação cedida. É certo que, se o crédito advier de escritura pública haverá prioridade da notificação. Esclarecendo a funcionalidade da cessão de crédito, essas normas constam do artigo 292 do CC/02 (figura análoga do credor putativo).

É certo, ainda, que o cessionário pode adotar condutas a fim de que lhe seja assegurando o direito cedido, independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor. Exemplo disso é a possibilidade de promover ação de cobrança ou, ainda, execução por quantia certa, como prescreve o artigo 293 do CC/02.

¹¹³ Sobre o artigo 290 do CC/02, antigo art. 1.069, do CC/16, Beviláqua comentava que: “Em relação ao cedente e ao cessionário, a cessão produz os seus efeitos, desde que é celebrada. Mas, em relação ao devedor, não pode ela ter eficácia, senão depois que este a conhece. Se assim não fosse, seria o devedor prejudicado; porque, na ignorância de estar o crédito transferido, poderia pagar ao credor originário, e esse pagamento feito de boa fé seria considerado inoperante. Ou o prejudicado seria o cessionário, se tal pagamento se considerasse eficaz. O conhecimento da cessão é feito ao devedor pela notificação, que pode ser judicial ou extrajudicial. Esta última não tem forma estabelecida na lei, mas não basta a declaração verbal, pois há necessidade de fixar-se o tempo da cessão. Qualquer dos interessados, cedente ou cessionário, pode fazê-la.” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Vol. IV, Rio de Janeiro, Editora Paulo de Azevedo, 11ª edição, 1958, p. 183). Vide também outra obra desse autor, *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 4ª edição, 1936, p. 321, na qual é expressa idêntica opinião. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é, neste particular, pacífica, sendo útil reproduzir a síntese do seguinte julgado: “Na cessão civil de crédito, o depoimento pessoal do cedente em juízo constitui mero ato de instrução processual, insuscetível de substituir a necessidade de comunicação escrita da cessão ao devedor, como exigida pelo art. 1069 do CC” (Resp 317632/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicado no D.J. de 25.03.2002, p. 276).

As formas de se defender que o cedido teria contra o cedente (antigo credor) podem ser levantadas em face do cessionário (novo credor), como o pagamento e a prescrição. Isto porque o devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que tomou ciência da cessão, possuía em face do cedente (art. 294, CC/02).

Desnecessário anotar que a cessão de crédito pode ser onerosa¹¹⁴. Nessa situação, mesmo que o cedente não se responsabilize de forma expressa, por certo responderá ao cessionário pela existência do crédito ao tempo da cessão, nos termos do artigo 295 do CC/02. A responsabilidade é limitada apenas a existência da dívida. Havendo cessão gratuita e constatada má-fé aplica-se a mesma forma de responsabilização. A prova da má-fé, por sua vez, é incumbência da outra parte, induzindo culpa e gerando o dever de o cedente indenizar perdas e danos.

No Brasil, prevalece a regra da cessão de crédito *pro soluto*, pois o cedente não responde pela solvência do devedor ou do cedido (art. 296, CC/02)¹¹⁵. Por outro lado, a cessão de crédito poderá ser *pro solvendo* se constar a previsão de responsabilidade pela solvência do cedido no instrumento da avença e, nesse caso, o cedente responsável junto ao cessionário pela solvência do devedor não pode vir a responder por mais do que daquele recebeu, com os juros, devendo ressarcir apenas as despesas da cessão e as que o cessionário eventualmente tiver implementado para a cobrança, nos termos do artigo 297 do CC/02.

Se penhorado o crédito, este não poderá mais ser transferido pelo credor que tenha conhecimento da penhora. Porém, se o devedor pagar, não tendo sido notificado da penhora, exonerar-se-á, substituindo os direitos de terceiros somente contra o credor. É o que preconiza o artigo 298 do CC/02. Tal regra encontra respaldo com a proibição do locupletamento ilícito e com a boa-fé objetiva, pela vedação de transferência de crédito penhorado e, também, pela valorização da

¹¹⁴ Exemplo: contrato de faturização ou *factoring*, no qual o faturizado transfere ao faturizador créditos de suas atividades em troca do pagamento de uma remuneração, consistente no desconto sobre os respectivos valores, conforme o total dos créditos. Os títulos são vendidos por valores menores.

¹¹⁵ No contrato de faturização, o faturizado não responde perante o faturizador pela solvência do devedor, sendo a ausência de responsabilidade um risco decorrente da natureza do negócio.

conduta do devedor que paga dívida penhorada.

Por fim, no que tange à cessão de crédito, vale a pena apontar algumas classificações diversas existentes, tais como: I. quanto à origem: a.) cessão legal: decorrente da lei com origem na norma jurídica (ex.: art. 287, CC/02); b.) cessão judicial: originada nos autos de ação após seu regular processamento; c.) cessão convencional: decorre de acordo entre cedente e cessionário por instrumento obrigacional. II. quanto às obrigações geradas: a.) cessão a título oneroso: existe, como elemento, a presença de remuneração. Por ser onerosa, a cessão difere-se da sub-rogação; b.) cessão a título gratuito: ausência de caráter oneroso. Conceitualmente é formada pela transmissão da obrigação, distinguindo-se da sub-rogação pelo fato desta ser uma regra especial de pagamento ou forma de pagamento indireto. III. quanto à extensão: a.) cessão total: transferência de todo crédito; b.) cessão parcial: cedente retém parte do crédito consigo. IV. quanto à responsabilidade do cedente: a.) cessão *pro soluto*: regra geral (art. 296, CC/02) que possibilita a quitação plena e imediata do débito do cedente para com o cessionário, exonerando o cedente, pois não há responsabilidade do cedente pela solvência do cedido; b.) cessão *pro solvendo*: exceção à regra geral (art. 297, CC/02), pois a transferência do crédito visa extinguir a obrigação apenas quando o crédito for cobrado, motivo pelo qual deve ser expressamente prevista pela partes, pois o cedente responde perante o cessionário pela solvência do cedido.

3.2 Cessão de débito (assunção de dívida)

Em que pese a cessão de débito também constituir um negócio jurídico bilateral, diferentemente da cessão de crédito, na assunção de dívida o devedor transfere para outrem sua posição de sujeito passivo da relação obrigacional, com a aquiescência do credor e de forma tácita ou expressa. Seu conceito pode ser alcançado pela disposição do artigo 299 do CC/02¹¹⁶. Considerando que o

¹¹⁶ Enunciado 16 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “o art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor”. Nessa assunção cumulativa ou coassunção

dispositivo prevê que qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na cessão do débito e o silêncio é interpretado como “recusa”, nessa hipótese, quem cala não consente.

Na cessão de débito, existe a substituição do devedor, sem qualquer tipo de modificação no vínculo da relação obrigacional. Existem três partes figurantes: cedente (antigo devedor), cessionário ou terceiro assuntor (novo devedor) e cedido (credor).

O traço distintivo entre a cessão de débito e a novação subjetiva passiva é que na primeira mantém-se a unidade do vínculo obrigacional ao passo que na segunda uma dívida é substituída outra. Entretanto, ambos institutos recebem a mesma classificação, usualmente feita pela doutrina¹¹⁷, a saber: a.) assunção por expromissão: terceira pessoa assume espontaneamente o débito de outra sem a anuência do devedor originário, podendo ser a assunção liberatória (devedor primitivo se exonera da obrigação) ou cumulativa (expromitente ingressa como novo devedor junto com o primitivo); b.) assunção por delegação: delegante (devedor originário) transfere o débito ao delegatário (terceiro) com a anuência do delegado (credor). A doutrina moderna¹¹⁸ entende ser mais pertinente utilizar essa classificação apenas para a novação subjetiva passiva, como de costume antes do advento do CC/02.

A regra geral é no sentido de que as garantias especiais dadas ao credor devem ser consideradas extintas, salvo consentimento expresso do devedor originário, nos termos do artigo 300 do CC/02. No afã de esclarecer o teor desse preceito normativo, dois são os enunciados do Conselho da Justiça Federal¹¹⁹.

são possíveis as seguintes hipóteses: a.) dois novos devedores responsabilizam-se pela dívida ou; b.) o antigo devedor continua responsável em conjunto com um novo devedor.

¹¹⁷ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Código civil comentado*. 6ª ed. Ricardo Fiúza e Regina beatriz Tavares da Silva (Coord). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268-269.

¹¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 386.

¹¹⁹ Enunciado 352: “Salvo expressa concordância dos terceiros, as garantias por eles prestadas se extinguem com a assunção de dívida; já as garantias prestadas pelo devedor primitivo somente são mantidas no caso em que este concorde com a assunção” e Enunciado 422: “A expressão “garantias especiais” constante do art. 300 do CC/2002 refere-se a todas as garantias, quaisquer delas, reais ou fidejussórias, que tenham sido prestadas voluntária e originariamente pelo devedor primitivo ou por terceiro, vale dizer, aquelas que dependeram da vontade do garantidor, devedor ou terceiro para se constituírem.”

Se anulada a assunção de dívida, com todas as suas garantias, o débito é restaurado em relação ao devedor originário, exceto aquelas garantias dadas por terceiros, salvo se o terceiro sabia do vício da obrigação, conforme dispõe o artigo 301 do CC/02. É que, privilegiando a eticidade, a novel legislação responsabiliza que age de má-fé. Esse dispositivo, inclusive, incide em negócios nulos, prevalecendo a boa-fé¹²⁰.

Ainda, o devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que detinha o devedor primitivo, como reza o artigo 302 do CC/02, situação essa aplicável também aos vícios de consentimento, à incapacidade absoluta e relativa e, por fim, à falta de legitimação.

Em conclusão, o artigo 303 do CC/02 prevê que o adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido e, inexistindo impugnação da transferência do crédito pelo credor no prazo de 30 (trinta) dias, entender-se-á dado o consentimento. Esclarecendo a norma legal, o CJF se aprovou dois enunciados¹²¹.

3.3 Cessão de contrato

Como um negócio jurídico atípico, pois não regulamentada em lei, ainda existe a chamada cessão de contrato ou cessão da posição contratual. Encontra, dessa forma, respaldo no artigo 425 do CC/02. É uma transferência da posição ativa ou passiva na relação do contrato, abrangendo todos os direitos e deveres do titular da posição. Quase sempre tem por supedâneo um negócio cuja execução não foi

¹²⁰ Enunciado 423 aprovado pela V Jornada de Direito Civil do CJF: “O art. 301 do CC deve ser interpretado de forma a também abranger os negócios jurídicos nulos e a significar a continuidade da relação obrigacional originária em vez de “restauração”, porque, envolvendo hipótese de transmissão, aquela relação nunca deixou de existir.”

¹²¹ Enunciado 353 aprovado pela IV Jornada de Direito Civil: “A recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado, comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser justificada” e Enunciado 424 aprovado pela V Jornada de Direito Civil: “A comprovada ciência de que o reiterado pagamento é feito por terceiro no interesse próprio produz efeitos equivalentes aos da notificação de que trata o art. 303, segunda parte.”

finalizada. A posição é cedida com o contrato e, para que seja perfeita, mister a autorização do outro contraente.

Convém salientar que a importante função social (art. 421, CC/02), possibilitando a circulação do contrato, com o ingresso de estranho na avença, em substituição as partes primitivas.

A título de exemplo, cita-se o mandato com a possibilidade de substabelecimento e a locação na qual for admitida a sublocação. Outro exemplo é o chamado “contrato de gaveta”, comum em transações imobiliárias, no qual o comprador cede sua posição contratual para terceiros sem a ciência da incorporadora. A jurisprudência não é uníssona, em especial diante da ausência de concordância da outra parte. Porém, frise-se a prevalência do caráter social existente nos julgados mais recentes do STJ¹²², pela aplicação do princípio da função social do contrato, prevalecendo a validade e eficácia desses contratos.

3.4 Cessão de crédito oriundo de precatório

Antes de analisar a possibilidade de cessão de créditos oriundos de precatórios, faz-se necessário tecer breves anotações acerca das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009, a qual modificou a redação do artigo 100 da Constituição Federal. Tais apontamentos revelam-se importantes em vista do inquestionável acúmulo de precatórios por pelos Entes Federados.

Como é sabido, no sistema jurídico pátrio, em especial pelo que reza o artigo 100 da CF/88, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária devem ser implementados apenas e tão somente respeitando-se a ordem cronológica de precatórios, ou seja, uma requisição de pagamento originada pelo Presidente do Tribunal de onde emanou a decisão exequenda em face da Fazenda

¹²² STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 17.02.2009, DJe 30.03.2009.

Pública¹²³. Convém salientar que, além dos Entes Públicos federados, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e as sociedades de economia mista submetem-se a esse regime de pagamento, desde que prestem serviço público e não exerçam atividade econômica¹²⁴. Com efeito, as sociedades de economia mista são sempre sociedades empresárias¹²⁵.

O pagamento por precatórios tem por finalidade assegurar a isonomia entre credores, impedindo dessa forma, em consonância com o princípio da impessoalidade, qualquer espécie de favorecimento¹²⁶. Contudo, a doutrina é divergente quanto à sistemática¹²⁷.

Nesse diapasão, o artigo 100 da CF/88 diz que transitada em julgado a decisão condenatória do Poder Público ao pagamento em dinheiro, o magistrado de primeira instância, desde que requerido pelo exequente e com o parecer favorável do Ministério Público, deverá emitir um ofício ao presidente do Tribunal, que deve requisitar o pagamento, devendo o valor ser incluído no orçamento da Entidade Pública devedora para liberação até o término do exercício financeiro.

¹²³ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 644. Para Petrônio Braz: *Precatório é a requisição formulada pelo Juiz da Execução contra a Fazenda Pública dirigida a presidente de Tribunal com as peças do processo originário, para o pagamento de débito proveniente de sentença com trânsito em julgado, a ser feito na ordem de apresentação e à conta do crédito respectivo*. In: BRAZ, Petrônio. *Tratado de Direito Administrativo – Direito administrativo e Direito Municipal*. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2006, p. 627. Para Dirley da Cunha Júnior: “*Precatório judicial é uma ordem de pagamento emanada do Poder Judiciário e dirigida às Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença condenatória transitada em julgada que impôs a estas entidades uma obrigação de pagar*”. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2010, p. 1059.

¹²⁴ NOVELINO, Marcelo. Ob. cit. p. 644.

¹²⁵ Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 490: “Sociedade de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertence ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos”.

¹²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 594.

¹²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5ª ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 949, manifesta crítica ao sistema de precatórios, indagando, *verbis*: “De onde vem o soberano desprezo do legislador brasileiro pelos credores do Estado, igual somente ao de quem se julga superior a toda e qualquer norma? Quais os motivos que lhes dão causa? É possível que o Estado assim se comporte sem que daí decorram nefastas consequências para a ordem pública?”

O pagamento oriundo de ordem cronológica teve origem na Constituição Federal de 1934, mantendo-se nas posteriores Constituições do Estado brasileiro. Frise-se que na CF/88 essa sistemática passou por diversas transformações¹²⁸.

Uma alteração trazida pela EC nº62 diz respeito ao *caput* do artigo 100, pois não mais consta a expressão "*à exceção dos créditos de natureza alimentícia*", que passou a ser prevista no parágrafo primeiro, o qual trabalha exclusivamente com os débitos de natureza alimentícia, ou seja, aqueles oriundos de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

O *caput* do art. 100 manteve o de pagamento da decisão condenatória judicial “na ordem cronológica de apresentação de precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”. Tal disposição reflete o princípio da moralidade pública (art. 37, CF/88).

Em razão disso, fez constar no regime de precatório as condenações em verbas de natureza alimentícia. Na prática, isso possibilita a formação de duas filas distintas de precatórios em razão do privilégio de que gozam as verbas alimentícias. Inclusive, essa já era a solução apontada pela criação pretoriana.

Importante frisar, nesse sentido, que embora exista divergência doutrinária (Leonardo José Carneiro da Cunha¹²⁹ e Fernão Borba Franco¹³⁰), a definição de créditos alimentares não é exaustiva, sendo perfeitamente plausível considerar outras espécies, a exemplo dos honorários advocatícios¹³¹ e, inclusive, há decisões do STF nesse sentido¹³².

¹²⁸ EC nº 20/1998; EC nº 30/2000 e EC nº 37/2002 até alcançar o modelo atual estabelecido pela EC nº 62, de 09 de dezembro de 2009.

¹²⁹ CUNHA, Leonardo J. C. da C. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 246-247.

¹³⁰ FRANCO, Fernão B. *Execução em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 211.

¹³¹ NOVELINO, Marcelo. Ob. cit. p. 643.

¹³² STF, RE 470.407, rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 09.05.2006; AI – AgR 732.358, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 30.06.2009.

Com efeito, os créditos alimentares cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos ou mais na data da expedição do precatório ou, ainda, sejam portadores de doença grave, devem ser quitados com prioridade sobre os demais, observando-se o limite igual ao triplo do fixado em lei para o pagamento de obrigações de pequeno valor. Nesse caso, permite-se o fracionamento de precatórios e o sobressalente deve ser pago em ordem cronológica de apresentação.

Especificamente sobre o objeto desse estudo, ressalta-se que nos moldes do §13 do artigo 100 da CF/88 faculta-se ao credor a cessão de créditos decorrentes de precatórios em favor de terceiros, independentemente da anuência da Entidade Pública, *in verbis*:

Art. 100, §13 - O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

Em que pese a possibilidade de cessão do crédito, o cessionário não pode se valer da preferência conferida às pessoas com mais de 60 (sessenta) anos e aos portadores de doença grave (direito personalíssimo), bem como da regra voltada às obrigações definidas em leis como de pequeno valor (evitar a concentração de inúmeras requisições de pequeno valor e o embaraço da preferência).

Ademais, com relação aos efeitos da cessão de desse tipo de crédito, esses somente passarão a operar quando da comunicação, por petição, ao Tribunal de origem e à Fazenda Pública devedora, segundo aponta o §º 14 do artigo 100 da CF/88. Destarte, as cessões de precatórios realizadas antes da promulgação da EC/62 foram convalidadas, independentemente e da concordância da Fazenda Pública Devedora (art. 5º da EC nº 62).

O §º 13 do art. 100 da CF/88, ao permitir a cessão parcial ou total do crédito a terceiros, independentemente da concordância da Fazenda devedora, facilitou aos credores o recebimento de seus créditos, pois sem essa possibilidade, muitos não receberiam em vida os valores representados pelos precatórios. Tais precatórios

adquiridos por terceiros servem para assegurar o juízo da execução, assim como também servem de instrumento de blindagem patrimonial.

A blindagem patrimonial consiste na utilização por empresas de precatórios judiciais de terceiros, adquiridos via cessão de direitos, para buscar a quitação de suas dívidas tributárias vencidas e vincendas. Na prática, as empresas compram os precatórios por uma quantia abaixo do valor estabelecido em juízo e utilizam seu valor de face para compensar a dívida com o Fisco¹³³.

Há, ainda, a possibilidade do exercício da cessão de direitos decorrentes da ação judicial em curso. Como não há vedação constitucional, são aplicáveis as disposições do art. 41 e seguintes do CPC. Havendo expressa concordância do cedente, o cessionário poderá substituir a parte originária no processo (art. 42, § 2º, do CPC), hipótese em que o precatório será expedido em seu nome, tornando-se credor original para efeito do § 9º, do art. 100, da CF.

Com o advento da EC nº 62/2009, o regime dos precatórios passou por consideráveis modificações, em especial quanto ao prazo para o pagamento. Os credores puderam ter liberalidade na negociação de seus créditos, como nos casos de compensação de débitos inscritos ou não em dívida ativa, da entrega de créditos para compra de imóveis públicos e, especialmente, cessão de créditos a terceiros.

¹³³ Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo autorizam a compensação de precatórios, mesmo os de natureza alimentar. Relator da Apelação Cível nº 0029187-54.2011.8.26.0071 da 7ª Câmara de Direito Público, de uma indústria cessionária de precatórios contra a Fazenda do Estado, o desembargador Magalhães Coelho apontou que a norma inserida na Constituição que prevê a compensação (artigo 78, parágrafo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) é autoaplicável. Não depende, portanto, da edição de qualquer lei para produzir efeitos. Em seu voto, Magalhães Coelho aponta que o estado de São Paulo descumpra as condenações judiciais para pagamento dos precatórios. “Esse inadimplemento de precatórios e de créditos alimentícios — que atualmente também constituem fila autônoma com ordem cronológica — é inconcebível em um Estado Democrático de Direito, devendo ser coibido por meio de interpretação que atribua efetividade aos dispositivos constitucionais”, escreveu o relator. Entendimento semelhante tem o desembargador Antonio Carlos Malheiros. Na Apelação nº0026941-76.2010.8.26.0053 da 3ª Câmara de Direito Público, sobre apelação contra a Fazenda de São Paulo, Malheiros reconhece a legitimidade da cessão de precatórios a uma empresa de telecomunicações e aponta a aplicabilidade imediata da norma que prevê sua compensação. “O reconhecimento do direito à compensação, além de estar consubstanciado em dispositivos constitucionais, torna-se ainda mais premente face à caótica situação de inadimplemento dos precatórios. Em contraposição aos princípios constitucionais, a Fazenda do estado tem deixado de cumprir as condenações judiciais que determinam o pagamento de quantias pelo poder público”, afirma Malheiros em seu relatório.

Os Entes Públicos deverão incluir no orçamento a verba necessária à satisfação dos débitos e, caso contrário, facultando-se a possibilidade de sequestro. Destarte, o credor passou a ter maior segurança, em especial quanto à previsão de recebimento do crédito.

Em que pesem tais considerações, frise-se que no dia 14.03.2013, o STF por maioria, julgou parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) 4.357 e 4.425 para declarar a inconstitucionalidade de parte da EC nº62/2009. Com a decisão, foram declarados inconstitucionais dispositivos do artigo 100 da CF/88 e integralmente inconstitucional o artigo 97 do ADCT (regime especial de pagamento). A norma questionada prevê o pagamento em até 15 anos, leilões para priorizar o credor disposto a dar mais desconto e a reserva no orçamento de Estados e Municípios entre 1% e 2% para quitação das dívidas.

A maioria dos ministros acompanhou o Relator Ayres Britto (aposentado), e considerou o artigo 97 do ADCT inconstitucional por afrontar cláusulas pétreas, como a de garantia de acesso à Justiça, a independência entre os Poderes e a proteção à coisa julgada. O redator do acórdão, Ministro Luiz Fux, anunciou que deverá trazer o caso novamente ao Plenário para a modulação dos efeitos, atendendo ao pedido de procuradores estaduais e municipais preocupados com os efeitos da decisão sobre parcelamentos em curso e pagamentos já realizados sob a sistemática da emenda.

Quanto ao artigo 100, os ministros julgaram inconstitucionais em parte os parágrafos 2º, 9º, 10 e 12, mantendo as demais disposições constitucionais. Dessa forma, o STF julgou parcialmente procedentes as ações nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Celso de Mello e o presidente, Joaquim Barbosa. Os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski votaram pela procedência das ADI's, em menor extensão. Votaram pela total improcedência os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli¹³⁴.

¹³⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520&caixaBusca=N>. Acesso em: 21 mar. 2013.

Em 12.04.2013, o Ministro Luiz Fux (STF) determinou que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal: “deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo, em 14.03.2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro”, expedindo-se ofícios aos presidentes de todos os tribunais, informando-os sobre essa decisão¹³⁵.

Ademais, o Ministro Relator despachou sobre a questão em virtude de petição apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, informando sobre a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais estaduais, após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº4357 e nº4425. Em sua petição nos autos das duas ADIs, a OAB informou que “os recursos estão disponíveis, mas a Presidência de alguns Tribunais entendeu por paralisar os pagamentos/levantamentos de valores, enquanto não modulados os efeitos da decisão do STF”. Por isso, a entidade requereu a continuidade dos pagamentos até a modulação. Pediu, ainda, que os entes públicos devedores sejam instados a repassar e depositar os recursos junto aos Tribunais de Justiça, sob pena de sofrer sanções.

O Relator destacou que a decisão do Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade parcial da EC 62/2009 “assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionais aceitáveis”. Contudo, ele ressaltou que, até que o Supremo se pronuncie sobre o alcance da decisão, “não se justifica que os Tribunais locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo”.

No tocante ao Estado de São Paulo, vale notar que em 14.05.2013 o governador do Estado e o prefeito de São Paulo, em conjunto com o advogado-geral da União, foram recebidos pelo Ministro Relator dos acórdãos das Ações Diretas de

¹³⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235857&caixaBusca=N>. Acesso em: 25 jun. 2013.

Inconstitucionalidade nº4357 e nº4425, oportunidade na qual manifestaram preocupação com a modulação dos efeitos da decisão do STF em ambos os casos, diante da declaração de inconstitucionalidade de pontos da EC 62/2009, que instituiu novo regime para pagamento de precatórios. O governador de São Paulo afirmou que o Estado, de 2009 para 2013, reduziu em 30% sua dívida com precatórios, e o número caiu de vinte mil para sete mil. Já o prefeito da Capital afirmou o compromisso de pagar suas dívidas judiciais e disse que o Município multiplicou por vinte, nos últimos oito anos, o aporte de recursos para o pagamento de precatórios, comprometendo 3% de sua receita líquida, asseverando que a modulação talvez não possa sequer ser homogênea, porque as realidades são muito diferentes para cada ente da federação. O advogado-geral da União disse que não se chegou a propor nenhuma solução específica de modulação¹³⁶.

Fato é que União, Estado de São Paulo e Município se reunirão com a OAB, uma das autoras da ADI nº4357, para discutir o assunto e propor soluções de modulação que possam ser atendidas no âmbito das decisões do STF, sugerindo formas de tratamento das questões para evitar que ações por parte dos Tribunais prejudiquem as finanças públicas.

Vale observar que, no Estado do Rio de Janeiro, a Assembleia Legislativa aprovou, em 25.06.2013, projeto de lei que autoriza o Tribunal de Justiça a utilizar até 25% do saldo dos depósitos judiciais para o pagamento de precatórios, viabilizando a quitação dos precatórios em atraso (cerca de R\$ 3,5 bilhões) entre o fim de 2013 e o início de 2014. O Rio de Janeiro poderá ser o primeiro Estado a quitar esse tipo de dívida. Estima-se que a conta de depósitos judiciais dispõe de saldo de aproximadamente R\$ 12,5 bilhões, depositados em uma conta bancária, sem qualquer utilização. Trata-se de uma ideia louvável, pois os recursos dos depósitos judiciais ficavam parados por décadas¹³⁷.

¹³⁶ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238465&caixaBusca=N>. Acesso em: 25 jun. 2013

¹³⁷ Valor Econômico: legislação e tributos. "Assembleia do Rio aprova norma sobre precatórios". Matéria de Diogo Martins. Publicação em 27.06.2013. Disponível em: http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=14660. Acesso em: 27 jun. 2013

A decisão do STF sobre precatórios já começou a ser aplicada, mesmo sem a definição de a partir de quando passará a valer. Os Ministros do STF e do STJ, desde 14.03.2013 seguiram o entendimento sobre a inconstitucionalidade de duas regras previstas na ECo nº 62, de 2009: a aplicação da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária das dívidas e o abatimento de débitos tributários dos precatórios. A ministra Cármen Lúcia reafirmou a posição da Corte de que a Taxa Referencial (TR) - que remunera a poupança - não serve para recompor a perda inflacionária da moeda. A Advocacia-Geral da União (AGU), que representa o INSS, recorreu da decisão. O ministro Castro Meira, do STJ, proferiu decisão semelhante, favorável a uma credora da União que teve a indenização reconhecida pela Justiça por violação de direitos fundamentais. E foi além: determinou a aplicação do IPCA para atualizar o valor dos precatórios. A União recorreu da decisão alegando que a decisão do Supremo ainda não havia sido publicada. No dia 26 de junho, a 1ª Seção do STJ rejeitou o recurso¹³⁸.

No STJ, o ministro Herman Benjamin autorizou o sequestro de bens do Estado de São Paulo para pagamento de um precatório de um ex-funcionário público, reconhecido definitivamente pela Justiça em 2007. O parágrafo 13 do artigo 97 da Emenda Constitucional nº 62 protegia de sequestro de valores os entes que quitassem os débitos pelo regime especial. "Em casos semelhantes, vinha deferindo as liminares pleiteadas para sustar o sequestro dos valores", afirma Benjamin na decisão, acrescentando que, com a decisão do Supremo, não haveria mais justificativa para a proteção. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntos, Estados e Municípios deviam no primeiro semestre de 2012 cerca de R\$ 94 bilhões¹³⁹.

¹³⁸ Disponível em:

http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=14691. 02 jul. 2013

¹³⁹ Disponível em:

http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=14691. Acesso em: 02 jul. 2013

3.4.1 Função social do contrato de cessão de crédito oriundo de precatório

Diante desse estudo, levantam-se alguns questionamentos, os quais serão a seguir respondidos, sem a intenção, contudo, de esgotar o tema. Ora, como visto nos capítulos anteriores, o Direito Civil, ao longo dos anos e diante das transformações sociais, mudou seu foco precípua de atenção, do patrimônio para o indivíduo. Nesse contexto atual, portanto, qual seria a importância de se estudar o crédito, se o foco deixou de ser o patrimônio, ou seja, se o Direito Civil passou a tutelar o ser humano em detrimento de supervalorizar o patrimônio? E, na mesma linha, qual seria então a função social do contrato de cessão de crédito oriundo de precatório judicial? Tais indagações revelam-se importantes ao objeto em estudo.

A função social do contrato decorre da concepção social da propriedade, que existe desde a Constituição Federal de 1946 no Brasil, reiterado pelos textos constitucionais subsequentes, assim como presente no Estatuto da Cidade e no novo Código Civil (art. 1.228, § 1º). É, portanto corolário da noção social de propriedade¹⁴⁰, pela maneira como se opera a transferência do domínio, ou seja, pelo contrato.

Com efeito, havendo relação entre particulares, regulada pelo Código Civil, o fundamento para o pedido de revisão do contrato pode ser pautado na função social do contrato, princípio que limita a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos, tendo por escopo a ideia de comutatividade e a boa-fé objetiva. A função social do contrato sempre fez parte da teoria contratual. É que, no sistema anterior, acreditava-se ingenuamente que seria consagrada pela simples atuação dos contraentes. Ademais, a preocupação maior cingia-se na evidente preocupação com a circulação de riquezas e com o efetivo cumprimento da obrigação, em detrimento de um comportamento ético e razoável.

Com a mudança de paradigma do Direito Civil, a concepção social do contrato foi intensificada. Prescreve o artigo 421 que: “A liberdade de contratar será

¹⁴⁰ V. Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao Direito de Propriedade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68 e s.

exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, independentemente da crítica que se pode fazer do aspecto semântico de “liberdade de contratar”¹⁴¹ e “liberdade contratual”.

A função social do contrato possui íntima relação com seu equilíbrio financeiro, o qual é considerado pela doutrina como um direito fundamental dos contratantes (pessoas físicas e jurídicas) e com o Estado¹⁴², uma norma fundamental da teoria dos contratos e o primeiro direito original do co-contratante¹⁴³. É que o princípio o equilíbrio econômico financeiro em um contrato visa corrigir os encargos e a remuneração correspondente com o espírito lucrativo elementar aos contratos¹⁴⁴.

No contrato de cessão de créditos decorrentes de precatórios, as partes estabelecem as prestações e contraprestações, fixando as obrigações contratuais e, com isso, planejando os efeitos do contrato no futuro, antevendo as situações que poderão acontecer. Ou seja, fixam se a remuneração será suficiente no momento em que for adimplida a obrigação, em observação a proporcionalidade da relação contratual. Assim, os riscos são estimados e a possibilidade de suportá-los já estão embutidos no cálculo antes da celebração da cessão. Daí porque os contratantes assumem os riscos refletidos na prestação previamente delimitada. Com efeito, a garantia de manutenção da equação econômico-financeira deve prevalecer numa situação de desequilíbrio, pois protege o pacto inicial contra alterações contratuais futuras, eventos futuros e incertos que possam afetar a normal execução do contrato (caso fortuito e força maior) e, também, contra mudanças impostas por atos governamentais que, muito embora não alterem diretamente o pacto, afetam a economicidade de sua execução¹⁴⁵.

¹⁴¹ V. Giselda Maria F. Novaes Hironaka, Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In: *Revista do Advogado* n. 68, p. 86, dezembro de 2002, da Associação dos Advogados de São Paulo. A redação é considerada imprópria, pois a liberdade de contratar seria decorrência da própria liberdade de celebrar uma avença, o que seria óbvio numa sociedade capitalista, sendo mais precisa a expressão “liberdade contratual”, que resulta da possibilidade de criação de cláusulas contratuais.

¹⁴² M. WALINE, *Droit Administratif*. 9ª ed., nº 1.037, Paris, Sirey, 1.963, p. 617.

¹⁴³ G. PÉQUIGNOT. *Théorie Générale du Contrat Administratif*. Paris: A. Pédone, 1.945, p. 430

¹⁴⁴ C. TÁCITO, O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 63, jan./mar., Rio de Janeiro, 1.961, p. 3

¹⁴⁵ C. A. SUNDFELD, Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro da Concessão de Distribuição de Energia Elétrica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 42, abr./jun. 2.003, São Paulo, p. 126.

A manutenção da equação econômico-financeira da cessão de crédito é prevista pela Constituição Federal e elemento do princípio da função social dos contratos¹⁴⁶, cláusula geral inserida no art. 421 do Código Civil, devendo ser observado pelos contratantes tanto na celebração quanto na execução das avenças. Se rompido o equilíbrio, deve-se analisar a possibilidade de revisão do pacto, evitando-se prejuízo às partes, que não poderiam antever que certas circunstâncias afetariam o contrato, sujeitando-as a uma situação de desvantagem.

Conforme será mais bem detalhado quando na análise da teoria da imprevisão, o contrato deixou de ser estático e alheio aos acontecimentos externos, passando a ser considerado como um instrumento dinâmico. A intangibilidade das prescrições contratuais cedeu espaço às correntes que consideram a justiça das prestações e aceitam como inerente aos contratos a necessidade de manutenção da equação econômico-financeira, reavivando a cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual as convenções só deveriam ser obedecidas enquanto as condições em que o contrato foi celebrado permanecerem inalteradas. Com efeito, as obrigações contratuais devem ser compreendidas com relação ao estado de coisas ao tempo em que se contratou. Por conseguinte, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. Isso porque as vontades se ligam em vista de certas situações e na expectativa de determinados efeitos e não em vista de situação e efeitos diversos, surtidos à margem do comportamento dos contratantes¹⁴⁷.

Atualmente, no direito contratual observa-se a crescente importância da colaboração e da cooperação nas relações privadas e públicas. Hoje, o contrato não mais representa interesses antagônicos, reconhecendo-se a existência de uma *affectio*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração (como na *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal). Os contratantes passaram a ser parceiros que almejam uma relação equilibrada e equitativa. O contrato passou a ser

¹⁴⁶ A CF/88, ao prescrever que a propriedade atenderá a função social (art. 5º, XXIII) atribuiu função social ao contrato, garantindo que este deve ser equilibrado para adimplir sua finalidade.

¹⁴⁷ C. A. B. DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 608.

uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação e uma obra de confiança mútua no interesse dos contratantes e da própria sociedade¹⁴⁸.

O instrumento contratual, portanto, passou a ter certa plasticidade, fazendo com que os interesses rígidos e divergentes do passado sejam convertidos em parceria entre os pactuantes para fazer prevalecer o vínculo contratual. Nessa parceria, admite-se a anulação do contrato por lesão, a resolução ou a revisão por onerosidade excessiva, a cessão e a assunção da posição contratual, a oponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros não contratantes, a vinculação e a dependência entre contratos conexos e subordinados uns aos outros, dentre outras possibilidades com repercussão social. O STF chegou a admitir que determinados contratos possuem tamanha ligação que poderiam ser considerados, inclusive, como verdadeiros “irmãos siameses”¹⁴⁹.

A ideia de absolutismo do contrato foi mitigada, passando a pacto a ser relativizado por conta da incerteza generalizada da globalização econômica, dentre outros fatores. A indeterminação das prestações está ligada à inflação, à oscilação do câmbio e as mudanças tecnológicas. Isso faz com que os contratantes adotem critérios para a definição de direitos, aceitando prestações indeterminadas quando da celebração, mas determináveis quando da execução contratual.

Os contratantes passaram a ficar ainda mais atentos para a distinção de cláusulas primárias ou essências das demais prescrições pela eventual necessidade de substituição dessas disposições sem, contudo, interferir nas bases da equação contratual. As regras do direito contratual passaram a ser relativizadas, pois o contrato, hoje em dia, é mais ou menos obrigatório, oponível a terceiros,

¹⁴⁸ R. DEMOGUE chega a definir a relação do credor e devedor como uma sociedade na qual as partes devem trabalhar para atingir um fim comum, surgindo entre elas um dever de colaboração. *Traité des obligations en general: effets des obligations*, t. VI, nº 3, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 9

¹⁴⁹ STF, RE nº 73.208, 1ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10.12.1971, publicado in Revista Forense nº249, jan./mar. 1975, p. 165. A expressão “irmãos siameses” havia sido adotada pelo Des. Cunha Peixoto do TJMG.

sinalagmático, aleatório e, assim, uma nulidade, resolução ou revisão é mais ou menos extensa, demonstrando a fluidez do seu alcance¹⁵⁰.

Hoje, considera-se que os resultados contratuais, em vista da transformação das circunstâncias em que o pacto foi celebrado, acabam divergindo do que se esperava, desestabilizando o vínculo e trazendo desvantagens para um dos pactuantes ou, até mesmo, para toda a sociedade, ocasionando injustiças que necessitam ser balizadas¹⁵¹.

Com efeito, o contrato deve ser compreendido não apenas diante de seus aspectos jurídicos, mas considerando suas características econômicas, em especial porque o contrato é um mecanismo precípua de eficiência econômica no seio social. O direito contratual deve ser pautado pelos princípios da boa-fé, equilíbrio econômico e função social. Quanto à função social, trata-se de um preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando a impedir tanto aqueles que prejudicam a sociedade quanto aqueles que prejudiquem ilicitamente outras pessoas determinadas. A ideia de função social é determinada pela própria Constituição, ao fixar como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV). Essa disposição impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado do universo que o cerca. O contrato tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte do ordenamento brasileiro. O art. 170, *caput*, da Magna Carta salienta o valor geral da livre iniciativa para a ordem econômica¹⁵².

Nos dias atuais, é inconcebível a celebração de um contrato que divirja dos ideais de justiça, diante da função social prevista pelo artigo 421 do Código Civil. Ensina Rogério Donnini¹⁵³, *in verbis*:

¹⁵⁰ MALAURIE, P. e AYNES, L., *apud* Catherine Ghibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, no 2, 1.997, p. 363, nota 45

¹⁵¹ Trata-se de alteração na base do negócio jurídico, teoria que será melhor explicitada nos capítulos a seguir.

¹⁵² A. J. AZEVEDO, Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. In: *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 750, abril de 1998, p. 115-116.

¹⁵³ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67-68.

Função social do contrato e '*justiça comutativa*' estão relacionados diretamente, pois se há concepção social, com o afastamento da relação centrada em bases individuais, existe sempre a ideia de comutatividade. Se, ainda, associarmos esse conceito ao de boa-fé, constataremos que função social nada mais é do que uma relação entre os contratantes pautada na boa-fé objetiva, somada a uma característica básica que deve nortear qualquer pacto: o equilíbrio nas prestações.

No que concerne à abordagem jurisprudencial relacionada à cessão, no caso de mútuo hipotecário, é sabido que o C. STJ decidiu que tais instrumentos carecem da anuência da instituição financeira mutuante, desde que haja comprovação de que o cessionário atende aos requisitos estabelecidos pelo Sistema Financeiro de Habitação¹⁵⁴. Não obstante, o Ministro Luiz Fux ressaltou o entendimento no sentido de que, a despeito da jurisprudência da Corte Superior entender pela necessidade de anuência da instituição financeira mutuante, como condição para a substituição do mutuário, a hipótese tratada pelo REsp nº838.127/DF¹⁵⁵ envolve aspectos sociais que devem ser considerados, *in verbis*:

Com efeito, a Lei n.º 8.004/90 estabelece como requisito para a alienação a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. Contudo, a Lei n.º 10.150/2000 prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25/10/96, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n.º 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados "contratos de gaveta", originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor. **Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social,**

¹⁵⁴ "SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CESSÃO DE CONTRATO. LEI Nº 10.150, DE 2000 (ART. 20). A cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende as exigências do Sistema Financeiro da Habitação." (REsp 783389/RO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2008, DJ de 30/10/2008)

¹⁵⁵ Julgado em 11.11.2008: "ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS. CESSÃO DE OBRIGAÇÕES E DIREITOS. "CONTRATO DE GAVETA". TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MUTUANTE. LEI Nº 10.150, DE 2000 (ART. 20).(..."

as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento *subjetivo*, o que obrigava o juiz a identificar a *intenção das partes* para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio. (...) Com essas considerações, cumprindo a função uniformizadora do S.T.J, curvo-me à novel orientação emanada da Corte Especial, no sentido de que a cessão de mútuo hipotecário carece da anuência da instituição financeira mutuante, mediante comprovação de que o cessionário atende aos requisitos estabelecidos pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH). (grifo nosso).

A função social é um princípio limitador de outros dois princípios, quais sejam, da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos, embasando-se na ideia de comutatividade e boa-fé objetiva. Pela função social do contrato não se permite aos contratantes estabelecer relações jurídicas contrárias aos ideais de justiça. Busca-se, antes de tudo, uma relação jurídica equilibrada.

O comportamento social que se exige das partes na seara dos contratos nada mais é do que uma extensão, no âmbito civil, do princípio da solidariedade, expresso atualmente no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal. Trata-se de um aspecto ético que liga um indivíduo às responsabilidades e interesses sociais, um verdadeiro comportamento centrado na ética, com a finalidade de beneficiar as demais pessoas numa dada realidade social. Os princípios da solidariedade e da igualdade, por sua vez, são decorrência do princípio superior da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da CF), pois por meio daqueles se dá a efetiva guarnição deste princípio maior.

Dessa maneira, não mais se admite um contrato sem a prevalência de sua concepção social (art. 421 CC), ao abrigo da ideia de comutatividade e boa-fé objetiva (art. 422 CC), decorrentes da Dignidade Humana. A Função Social serve de fundamento para que se efetive entre os contratante um equilíbrio, uma relação equânime, sob pena de ser revista a avença pelo Poder Judiciário.

Disso decorre a importância de se estudar o crédito, o qual tem ligação intrínseca com o ser humano e a sua dignidade. Caso exista qualquer abalo nas relações decorrentes da cessão do crédito, a avença poderá ser revista pelo Judiciário, mormente quando afetar diretamente a sociedade, prevalecendo a função social do contrato. Ademais, a revisão é ainda mais necessária quando se está diante de cessão decorrente de valores fixados em precatório e, posteriormente modificados por razões diversas, pois, nesse caso, a segurança das transações poderá sofrer abalo ainda mais contundente. Ou seja, a função social do contrato de cessão de crédito oriundo de precatório detém ainda maior impacto no seio social do que meras cessões entre particulares. Observa Bruna Lyra Duque¹⁵⁶:

[...] é notável a incompatibilidade do Código Civil com o reconhecimento da natureza existencialista do contrato, qual não mais pode ser visto como mero símbolo das codificações do século XVIII, menosprezando o ser humano, apenas valorizando-o como titular de um crédito.

Inclusive, a jurisprudência tem se posicionado nesse sentido. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios se manifestou, em sede de apelação¹⁵⁷, nos autos de ação monitória julgada extinta sem resolução do mérito, na qual o autor apelante pretendia garantir, por meio de título executivo judicial, diferença de valor decorrente de precatório oriundo da Justiça Trabalhista objeto de cessão de crédito em montante supostamente a maior do previsto no título, buscando uma complementação em outro crédito de precatório a ser recebido pelo cedente noutro processo. É que o autor apelante afirmou que cedentes efetivaram diversas cessões do crédito, acarretando déficit no valor negociado com a autora. Ou seja, o caso em testilha trata de cessão de crédito decorrente de precatório judicial, sendo necessário analisar a função social da avença, contextualizando-se o impacto social das transações negociais:

¹⁵⁶ DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 105.

¹⁵⁷ Apelação Cível 20090110389198APC, 4ª Turma Cível, Desembargador Relator Sandoval Oliveira, acórdão nº399.501, j. 18.11.2009.

Traçadas as premissas básicas acerca do processo monitorio, consigno que no presente caso o apelante é credor de quantia certa no importe histórico de **R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)**, em face de 2 (duas) cessões de direito, datadas de (...), que seriam adimplidas por meio do precatório (...), expedido pela 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Boa Vista, do Estado de Roraima, referente ao processo (...), que tem como valor histórico a importância total de **R\$ 63.968.370,50 (sessenta e três milhões, novecentos e sessenta e oito mil, trezentos e setenta reais e cinquenta centavos)**, oriundo de honorários advocatícios em Reclamação Trabalhista havida naquele juízo.

É sabido que o precatório é uma ordem judicial para pagamento de débitos a ser feito pelos órgãos públicos, em face de condenação transitada em julgado com o fito de indenizar o particular. A partir da edição da EC30/2000, que introduziu o art. 78, do ADCT, permitiu-se a cessão de crédito de precatório. Eis sua redação: *'Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.'*

O apelante ampara sua tese em decisão judicial exarada por Vara do Trabalho do Estado de Roraima, que impede o apelado (...) de fazer novas cessões de direito do precatório acima referido, porquanto foi detectado um déficit, em decorrência do excesso de cessões de crédito. (grifo nosso).

Com efeito, cumpre observar que a decisão do TJDFT foi confirmada pelo C. STJ¹⁵⁸, como se observa da ementa a seguir transcrita:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. LEGITIMATIO AD PROCESSUM. PRELIMINAR REJEITADA. PRECATÓRIO. CESSÃO DE DIREITO. GARANTIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE EXIGIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA.

¹⁵⁸ AgRg no Agravo de Instrumento nº1.349.658 - DF (2010/0172578-1), Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j. 20.09.2012.

Assim, a cessão de crédito decorrente de precatório judicial, mesmo com o trânsito em julgado da decisão, poderá sofrer alterações inimagináveis, tal como o recálculo com base em decisão reformada pela instância superior, modificando-se a conta final e, portanto, implicando visa reflexa na cessão de crédito. Ora, nesse caso, dever-se-á considerar a proporcionalidade de valores, em respeito aos princípios Constitucionais da igualdade, da função social, da justiça contratual, da Dignidade Humana, da solidariedade e da boa-fé, aplicáveis diretamente nas relações privadas pelo Poder Judiciário. Ademais, para a revisão judicial de um contrato, é necessário apenas que a base do negócio jurídico tenha sido alterada, sendo que a base do negócio está condicionada ao estrito cumprimento do art. 422 do CC (boa-fé objetiva), além do art. 421 do CC (função social do contrato), pautando-se, também, o pedido de revisão no princípio da função social do contrato.

4 REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS

4.1 Teoria da imprevisão

Antes de adentrar na análise da teoria da imprevisão, mister traçar breve digressão para, com isso, contextualizar o seu nascimento. O modelo liberal, no qual está inserto o direito clássico, tem como fundamento da teoria clássica dos contratos: a força obrigatória decorrente dos pactos, a liberdade de contratar e o vínculo de seus efeitos apenas entre as partes contratantes¹⁵⁹.

Daí porque, nesse modelo, o contrato faz lei entre as partes, devendo ser os pactos observados (*pacta sunt servanda*). A força obrigatória dos contratos, na acepção liberal, justificava-se na medida em que havia o pensamento de que, se os contratantes alienavam livremente sua vontade, deveriam cumprir o acordado, mesmo que pudesse ser imputado a uma das partes um dano considerável¹⁶⁰.

No liberalismo, o contrato assumiu importante papel nos negócios jurídicos realizados pelos particulares e, como tal, passou a vincular os contratantes no plano jurídico. Todavia, em que pese a vinculação jurídica estrita das partes, nem sempre as obrigações contratuais formalizadas encontravam respaldo em postulados éticos, pois situações desproporcionais, que causavam prejuízos a um dos contratantes, eram consideradas legais, embora evidentemente imorais.

A etimologia da palavra contrato traduz o vínculo jurídico de vontades almejando um objeto definido. O verbo *contrahere* inclina-se a expressão *contractus*, com o sentido de ajuste, convenção ou pacto como um acordo de vontades que cria direitos e obrigações. Pode-se dizer que contrato é o ajuste entre pessoas que almejam uma dada finalidade, assumindo obrigações e, ao mesmo tempo,

¹⁵⁹ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3.

¹⁶⁰ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: dos contratos e declarações de vontade*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 3, p. 18.

assegurando reciprocamente direitos¹⁶¹.

Com efeito, segundo Clóvis Beviláqua, contrato pode ser entendido como um:

“Acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”¹⁶². Para Orlando Gomes, “contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”¹⁶³.

Ao longo dos tempos a concepção do direito contratual sofreu alterações no mesmo diapasão em que a sociedade se transformou. Atualmente, o modelo liberal não mais traduz a expectativa da sociedade contemporânea, pois não se admite relações sociais entre particulares sem a presença da boa-fé e a proporcionalidade das prestações a que os contratantes estão obrigados¹⁶⁴. Nos dias de hoje, é certo que merece limitação a autonomia privada e a liberdade de contratar, em prol do princípio da socialidade.

Como visto alhures¹⁶⁵, no final do século XIX e início do século XX, a autonomia privada foi contida pela intervenção estatal nas relações civis, fato esse iniciado na Revolução Industrial, mas evidenciado pelas Grandes Guerras Mundiais, fazendo nascer a expressão dirigismo contratual. Dessa intervenção decorreu a limitação à liberdade de contratar, evitando-se abusos nas relações entre particulares. Ora, poderia ser considerado lícito um contrato particular antissocial, o qual violasse interesses de uma dada sociedade? Nessas condições, o negócio deveria ser considerado ilícito por ofensa dos valores consagrados pela sociedade ou pela defesa dos bons costumes¹⁶⁶.

¹⁶¹ LARROUSE. *Grande Enciclopédia Larousse Cultura*. São Paulo: Nova Cultural, vol. 7, 2004, p.1598.

¹⁶² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil anotado*, vol. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 245.

¹⁶³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

¹⁶⁴ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

¹⁶⁵ Tema aprofundado no capítulo “intervenção estatal nas relações civis” e “dirigismo contratual”.

¹⁶⁶ BETTI, Emilio. *Teoria geral dos negócios jurídicos*. Coimbra: Coimbra 1969, t. 1, p. 224.

Nesse contexto intervencionista nasceu a teoria da imprevisão. Nas palavras de Rogério Donnini¹⁶⁷, *in verbis*:

Para que a prestação assumida num contrato não se torne, algumas vezes, a ruína de um dos contratantes e, quase sempre, o enriquecimento sem causa do outro, diante de um acontecimento imprevisível e extraordinário, é que foi criada a cláusula ‘rebus sic stantibus’, modernamente denominada ‘teoria da imprevisão’. Trata-se da flexibilização do princípio da intangibilidade contratual, visando o restabelecimento da comutatividade (equilíbrio das prestações), por meio da intervenção judicial que tem por objetivo a revisão da avença ou sua resolução.

Posto isso, para que o princípio da obrigatoriedade da convenção pudesse ser compatibilizado com o da comutatividade (equilíbrio entre as prestações)¹⁶⁸, surgiu a cláusula *rebus sic stantibus*, limitando-se, dessa forma, a autonomia da vontade.

Com efeito, historicamente, a teoria da imprevisão originou-se pela cláusula “*rebus sic stantibus*” (das coisas como estão, estando assim as coisas), que é abreviação da fórmula “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*” (nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação)¹⁶⁹, glosa atribuída a Neratio. Essa cláusula declinou no liberalismo e reascendeu na contemporaneidade com a teoria da imprevisão.

Costuma-se citar, como origem dessa cláusula, na Teoria da Imprevisão nos contratos, um texto de Africano¹⁷⁰, no Direito Romano, que se assenta na ideia de que:

¹⁶⁷ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 8.

¹⁶⁸ Judith H. Martins Costa, *RT 670:41*.

¹⁶⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Imprensa Nacional, 2ª ed. 1943, p. 14.

¹⁷⁰ Digesto, Livro XLVI, título II, fragmento 3,38 (livro 7 – *Quaestionum*).

Se foi estipulado que se dê a Tício alguma coisa, deve considerar-se que se pagará bem a Tício somente se permanecer no mesmo estado (*si in eodem statu manuet*) em que se encontrava quando nasceu a estipulação. Mas se Tício tivesse sido adotado ou exilado ou desterrado com interdição de água e de fogo, ou se tivesse se tornado escravo, haveria de dizer-se que não se pode pagar, pois a estipulação implica tacitamente que é inerente o convênio: 'permanecer no mesmo estado' (*si in eodem statu manuet*).

Todavia, a revisão de contratos encontra suas origens em documento datado do ano de 2.300 antes de Cristo e talhado na Babilônia, na Lei 48 do denominado Código de Hamurabi¹⁷¹. É de observar que, antes do Império Romano, portanto, já era possível a revisão contratual. J. M. Othon Sidou, na obra mencionada, e Anísio José de Silveira¹⁷² compartilham da ideia que a semente da imprevisão remonta ao direito romano.

Por outro lado, vale notar que, majoritariamente, doutrinadores de peso, tais como Serpa Lopes¹⁷³, Caio Mário da Silva Pereira¹⁷⁴, Washington de Barros Monteiro¹⁷⁵, Arnaldo Wald¹⁷⁶, Silvio Rodrigues¹⁷⁷, Paulo Carneiro Maia¹⁷⁸ e Arnaldo Medeiros da Fonseca¹⁷⁹ indicam que o surgimento da cláusula *rebus sic stantibus* ocorreu na Idade Média e, portanto, o direito romano não a teria consagrado anteriormente.

Não se nega, porém, a existência de fragmentos desse princípio em textos do Digesto¹⁸⁰ e no ordenamento de Antonio Pio (anos 138-161).

¹⁷¹ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 1.

¹⁷² OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula 'rebus sic stantibus' através dos tempos*. Belo Horizonte, 1968, p. 37.

¹⁷³ LOPES, Serpa. *Curso de direito civil. Fonte das obrigações: contratos*. 4ª ed. 1991. V. 03, p. 100.

¹⁷⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 3, p. 108.

¹⁷⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 5, p. 11.

¹⁷⁶ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 203.

¹⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e declarações de vontade*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 3, p. 22.

¹⁷⁸ MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula rebus sic stantibus. In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. v. 15, p. 125.

¹⁷⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943, p. 194.

¹⁸⁰ Neratio XII, 4,8; Africano XLVI, 3,38; e Paulo XXVIII, 6,43.

Depreende-se, portanto, a dificuldade de precisar a exata origem da mencionada cláusula e, embora sua disposição não se coadune com os princípios fundamentais de direito romano (individualismo, absolutismo e formalismo), reflexões esparsas sobre o tema já existiam naquele ordenamento. Ora, mesmo que o embrião romano não tivesse forma e aplicação, a semente serviu como base para o desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus* na Idade Média¹⁸¹.

Com efeito, a cláusula *rebus sic stantibus* teve aplicação nas Ordenações Filipinas (1603), Afonsinas e Manuelinas, prevendo a alteração das condições contratuais em certas circunstâncias¹⁸². A primeira legislação com previsão expressa da mencionada cláusula é o Código Civil da Baviera (1756)¹⁸³. Cronologicamente, também há menção à essa disposição no Direito da Terra prussiano (1774)¹⁸⁴ e, mesmo que implicitamente, no Código Civil do Império Austríaco (1811)¹⁸⁵.

Essa cláusula, oriunda do direito canônico, ressurgiu na França após a Primeira Grande Guerra. Com efeito, após a mencionada Guerra Mundial, os contratantes não conseguiram manter os termos ajustados sob pena de nefastos prejuízos. Assim, o Conselho de Estado da França, em relação aos contratos de prestação de serviços públicos, admitiu a revisão do seu conteúdo, adequando-os à nova realidade fática. A Lei Failliot, de 21.05.1918, consagrou a revisão contratual pela nova ideia de imprevisão, relativizando a força obrigatória dos pactos.

Verificou-se, portanto, uma necessária interferência do Estado nas relações privadas, mitigando a liberdade de contratar em benefício da esmorecida aplicação,

¹⁸¹ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

¹⁸² SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 15-16.

¹⁸³ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 20.

¹⁸⁴ MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. v. 15, p. 131.

¹⁸⁵ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 22.

pelo Estado Francês, de princípios constitucionais de justiça social (solidariedade e igualdade).

Com o tempo, a antiga cláusula “*rebus sic stantibus*” adquiriu nova roupagem e passou a ser denominada teoria da imprevisão. Com ela, a possibilidade de revisão estaria implicitamente prevista nos contratos de duração continuada e nos de execução diferida, inclusive como condição de sua força obrigatória. Entendia-se que, para conservar a eficiência contratual, a situação de fato deveria ser preservada como no início da contratação. Trata-se, portanto, de reflexos do princípio constitucional da igualdade no Direito Civil¹⁸⁶.

A teoria da imprevisão, como conceito amortecedor, visa assegurar a equivalência das prestações quando, por motivos imprevistos, uma delas se torna excessivamente onerosa, permitindo, com isso, a revisão de alguns contratos, observados certos requisitos. Essa possibilidade de revisão contratual não era amparada pelo Diploma Civil de 1916, uma vez que aquela codificação visualizava relações sociais e econômicas perfeitamente estáveis.

Entretanto, normas posteriores começaram a consagrar a teoria da imprevisão, isto é, o Estado passou a intervir nas relações privadas para garantir a igualdade das prestações¹⁸⁷. Esse, portanto, é o embrião da almejada justiça social, alcançada pela aplicabilidade dos princípios insertos na Magna Carta.

Nesse sentido, já em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, V, estabeleceu como direito básico a possibilidade de ter o contrato revisto em razão de fatos superveniente que o torne excessivamente oneroso. Em 2002, o Código Civil trouxe no art. 478 a previsão de resolução do contrato em razão de onerosidade excessiva.

¹⁸⁶ SIDOU, J. M. O. *Resolução judicial dos contratos e contrato de adesão no direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 11, assevera em relação à cláusula tácita que é “a condição em virtude da qual, em certa categoria de contratos, o vínculo contratual se deve considerar subordinado à continuação do estado de fato existente ao tempo de sua formação, de tal sorte que, modificado o ambiente objetivo por circunstâncias supervenientes e imprevistas, a força obrigatória do contrato não deve ser mantida, justificando-se a intervenção judicial para revê-lo ou rescindi-lo”.

¹⁸⁷ Decreto nº24.150/34 – “Lei de Luvás” e Lei nº8.245/91

Vê-se, assim, que o princípio esculpido ao longo do tempo afirmou-se entre os séculos XIV e XVI, atingindo seu clímax no século XVIII. No final do século XVIII e início do século XIX, a cláusula *rebus sic stantibus* começou a ser mitigada pelo individualismo e rigidez contratual, prevalecendo o *pacta sunt servanda* (intangibilidade contratual), decorrentes do engrandecimento da autonomia da vontade¹⁸⁸. Com forte incidência individualista, liberal e contratualista, em 1804, nasceu o Código Civil francês (retorno às clássicas regras do romanismo), com previsão expressa da obrigatoriedade dos pactos¹⁸⁹.

O Código Civil francês consagrou na legislação mundial a ideia de que o contrato é lei entre as partes. Ao esboçar o Código Civil brasileiro, em 1860, Teixeira de Freitas constou no artigo 1.953 que “os contratos válidos têm força de lei para as partes contratantes”. No Diploma Material de 1916, em que pese a inexistência de dispositivo específico, o *pacta sunt servanda* era tido como um princípio fundamental de direito contratual¹⁹⁰. No mesmo sentido dispunha o Código Civil italiano de 1865 (art. 1.123) e o Código Civil português de 1867 (art. 702). Como se pode notar, o mundo do século XIX estava imerso na segurança econômica, com monarquias estáveis e milenares, refletindo, portanto, legislação que preconizava a autonomia da vontade e a irretratabilidade das convenções, deixando-se adormecida ao relento as disposições preceituadas pela cláusula *rebus sic stantibus*.

As guerras do final do século XIX (napoleônicas de 1870) e Primeira Guerra Mundial (1914-1918) trouxeram profundas alterações no valor da moeda, modificando substancialmente a estabilidade econômica que prevalecia no seio social daquela época. Com esse novo cenário de insegurança, as vinculações contratuais não mais poderiam ser adimplidas. Esse quadro, com efeito, fez ressurgir a antiga cláusula¹⁹¹. A Lei Failliot, publicada em 1918 na França, é

¹⁸⁸ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19.

¹⁸⁹ Art. 1.134 do Código Civil francês: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

¹⁹⁰ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 20.

¹⁹¹ Em 1900, antes da Primeira Guerra Mundial, o Tribunal (Cassação) de Turim, sem encontrar previsão legal, buscou argumento para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nos princípios gerais de direito, na equidade, na boa-fé contratual e nas condições imprevisíveis do caso julgado, conforme as lições apontadas por Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943, p. 14.

considerada a primeira lei de revisão contratual, corolário da Primeira Guerra Mundial¹⁹².

A instabilidade econômica gerada pela Primeira Guerra Mundial trouxe à baila, novamente, a *cláusula rebus sic stantibus*, a qual passou a ser conhecida por teoria da imprevisão. Nas palavras de Rogério Donnini¹⁹³, *in verbis*:

Esta tem como escopo investigar a revisão ou resolução dos pactos, por meio do juiz, pela superveniência de fatos imprevistos e imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo contratual, e que modifiquem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, causando onerosidade excessiva para um dos contratantes.

Cumprido notar que, após a Primeira Guerra Mundial, surgiu na Alemanha a teoria da base do negócio jurídico (Paul Oertmann e Karl Larenz) e, na Itália, a da excessiva onerosidade ou superveniência (Giuseppe Osti), as quais serão detalhadas adiante.

Apenas a título de registro, necessário deixar anotado que a teoria da imprevisão possui diferentes abordagens no direito comparado. O foco de estudo do presente trabalho, entretanto, não permite maiores aprofundamentos no sentido de analisar a teoria da imprevisão em sistemas jurídicos extravagantes, sob pena de digressões que poderiam modificar a linha perseguida.

Em que pese tal consideração, importante anotar que, no direito alienígena, a teoria da imprevisão se revela por meio de duas linhas de pensamento, isto é, alguns países a admitem (corrente revisionista) e outros não lhe conferem aplicação (anti-revisionistas). Alemanha, Itália, Portugal, Suíça, Polônia, Holanda, Argentina, Bolívia, Peru e Paraguai acompanham a corrente revisionista, ao passo que França, Bélgica, Japão e Uruguai seguem a corrente oposta. Dois países, porém, não se

¹⁹² DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

¹⁹³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943, p. 15.

enquadram em nenhuma das correntes, a saber: Estados Unidos da América e Inglaterra¹⁹⁴.

4.1.1 Distinções entre cláusula de escala móvel, caso fortuito ou força maior, enriquecimento sem causa, abuso de direito e lesão.

É comum a confusão entre a teoria da imprevisão e outros institutos jurídicos semelhantes, em que pese a convergência no aspecto moral das obrigações, na manutenção da relação de equilíbrio e no ideal de justiça.

O primeiro desses institutos jurídicos é a chamada cláusula de escala móvel, que poderá ser prevista em contratos possibilitando a revisão do pagamento se houver variação do preço de mercadorias, serviços, índice geral do custo de vida ou dos salários¹⁹⁵. Trata-se de previsão realizada pelos contratantes que estabelece uma “escala móvel” na prestação. A diferença entre esse instituto e a teoria da imprevisão repousa, basicamente, no fato de que nesta a revisão decorre da manifestação judicial e, mesmo num contrato em que haja a estipulação de cláusula de escala móvel, é possível ocorrer algo imprevisível, aplicando-se a teoria da imprevisão¹⁹⁶.

O instituto do caso fortuito ou a força maior, previsto no artigo 393 do Código Civil atual, que não distingue as duas figuras jurídicas, também podem gerar certa confusão ao ser comparado com a teoria da imprevisão. Não se ignora que alguns doutrinadores diferenciam os institutos¹⁹⁷. Porém, no presente estudo, cabe apontar que o fortuito e a força maior liberam o devedor diante de uma impossibilidade absoluta (objetiva) inexistindo forma de reparação ao credor e, por outro lado, a

¹⁹⁴ Para maior aprofundamento da pesquisa sobre a teoria da imprevisão na linha de direito comparado importante consultar a obra: DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁹⁵ KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 34.

¹⁹⁶ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

¹⁹⁷ Ver nesse sentido: RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e declarações de vontade*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 3, p. 310/311; DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 686 e; BEVILÁQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, v. 4. p. 173.

teoria da imprevisão refere-se a uma impossibilidade subjetiva ou a uma excessiva onerosidade ao devedor, porém ainda assim existindo a possibilidade de reparação ao credor¹⁹⁸.

Quanto ao instituto jurídico do enriquecimento sem causa, observa-se a ausência de um motivo jurídico na transferência de valores de uma parte para a outra¹⁹⁹, o que não se confunde com a teoria da imprevisão, inserida no contexto de alteração de um contrato em que uma das partes sofre grave prejuízo e a outra, eventualmente, enriquece indevidamente.

O abuso de direito configura-se quando há a intenção de uma das partes em causar prejuízo a outra. Ora, a teoria da imprevisão não se confunde, posto que o dano suportado ocorre por fatos imprevisíveis e posteriores a formalização da avença, sem qualquer participação intencional das partes celebrantes do acordo²⁰⁰.

Caio Mario da Silva Pereira²⁰¹ diz que a lesão decorre do elemento objetivo (obtenção de lucro patrimonial excessivo) e do subjetivo (abuso da necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte). Por isso, esse autor entende que a imprevisão é uma lesão especial, decorrente de evento superveniente à formação do contrato. Comungando do mesmo entendimento de Rogério Donnini²⁰², a imprevisão pode até gerar uma lesão (no sentido de prejuízo patrimonial), mas não pode ser considerada uma lesão propriamente dita, pois inexistentes os requisitos necessários a sua caracterização, quais sejam, intuito de uma das partes na obtenção de lucro excessivo ou o abuso de uma das partes da inexperiência ou necessidade da outra.

¹⁹⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943, p. 346/347.

¹⁹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 3, p. 202/207.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula 'rebus sic stantibus' através dos tempos*. Belo Horizonte, 1968, p. 75.

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão nos contratos bilaterais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949. p. 127/128, 190/191.

²⁰² DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

4.2 Base da revisão contratual: cláusulas gerais

É sabido que o Código Civil de 2002 sustenta-se em três pilares: *eticidade, socialidade e operabilidade*²⁰³. Com efeito, o primeiro aspecto encontra ressonância em diversos artigos (v.g., os arts. 113, 187 e 422); o segundo fundamenta a função social do contrato (art. 421) e da propriedade (art. 1.228, § 1º) e; por fim, o derradeiro consagra a existência das chamadas “cláusulas gerais” (arts. 113, 187, 421, 422, 884, 1.277, 1.228, § 1º, entre outros) e “conceitos legais indeterminados” (arts. 188, II, 251, parágrafo único, 581, entre outros).

As cláusulas gerais otimizam a atividade jurisdicional, possibilitando a criação de direitos e obrigações através da valoração de fatos concretos. É, portanto, um mecanismo que, de certo modo, concretiza o que era abstrato.

Como expressões inseridas em artigos, com vagueza e abstração, mas relacionadas a uma hipótese de fato, os conceitos legais indeterminados moldam a aplicação da norma ao caso concreto como, por exemplo, a especificação de urgência (art. 251, parágrafo segundo), ou perigo (art. 188, II).

Trata-se de um sistema móvel²⁰⁴, que possibilita constante aperfeiçoamento e transformação na aplicação do direito. Distancia-se o sistema atual do modelo anterior, criado no padrão oitocentista, fechado e rígido²⁰⁵. A flexibilização do sistema traduz a evidente evolução do Direito Contratual.

Destarte, os pilares de apoio que norteiam o Código Civil de 2002 possibilitam o restabelecimento da base do negócio em caso de desequilíbrio. É que, por si só, o

²⁰³ REALE, Miguel. *O novo Código Civil*, encarte da revista *Problemas Brasileiros* nº 353, setembro/outubro de 2002.

²⁰⁴ Sistema, segundo Savigny, é a “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de direito numa grande unidade.” (Federico Savigny, *Sistema del Derecho Romano actual*, 2ª edição, tradução de Jacinto Mesia e Manuel Poley, Editora Góngora, Madrid, 1950, p. 228). Sobre a mobilidade do sistema, v. Claus – Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, 3ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 143.

²⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil e legislação extravagante*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 159.

supedâneo da novel legislação traz em seu bojo essa possibilidade de ajustamento e isso independe da demonstração de imprevisibilidade. Porém, para fundamentar a revisão contratual é fundamental o exame dos princípios que direcionam a moderna teoria contratual.

4.3 Algumas observações acerca dos princípios da teoria contratual

O objeto da análise dos princípios tem por finalidade apontar, com melhor precisão, o papel que desempenham no sistema do direito. Considerando a agudeza dessa definição, os princípios podem servir como mecanismos capazes de implementar a renovação no ordenamento jurídico. Gustavo Kloh Muller Neves²⁰⁶ justifica a utilização dos princípios pelos autores que trabalham na linha do direito civil constitucional:

Os autores que trabalham na linha do direito civil constitucional se servem da teoria dos princípios como forma de se desenredar da malha firme dos Códigos e da legislação arcaica. Ao fazerem referência à Constituição, fazem referência também aos princípios, apesar de toda interpretação constitucional corretamente situada ser uma interpretação principiológica. Além disto, qualquer bandeira levantada por uma ordem justa em uma sociedade cujos patamares jurídicos contemplem o pluralismo não pode prescindir dos princípios, os quais, metodologicamente, são de todo adequados para a flexibilidade e as quebras necessárias em um sistema que contemple a discordância.

Nesse sentido, alguns dos princípios trazidos pela teoria clássica contratual são: autonomia privada; consensualismo; relatividade dos efeitos dos contratos; força obrigatória dos pactos; e boa-fé²⁰⁷. Nos dias atuais, insere-se nesse rol o

²⁰⁶ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org). *Diálogos sobre direito civil: Construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

²⁰⁷ V. sobre os princípios da teoria clássica contratual Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 1ª parte, 34ª ed, revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, Saraiva, 2003, p. 9 e s.; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3º volume, *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 23ª edição, Saraiva, 2007, p. 22 e s.; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 11ª edição, atualizada por Regis Fichtner, Forense, 2003, p. 10 e s.

princípio da função social do contrato, que engloba o princípio da conservação dos contratos e o da possibilidade de revisão contratual. Ademais, sabe-se da existência de outros princípios, os quais não são objeto desse estudo.

O primeiro princípio trazido (autonomia privada) já foi objeto de análise em item anterior e continua a existir no ordenamento jurídico moderno, mas limitado pela supremacia da ordem pública e vinculado à concepção social do contrato. É que tal princípio assemelha-se a própria noção de negócio jurídico (fato jurídico em que há uma ou mais declarações de vontade), sendo interessante nesse estudo a análise do negócio jurídico bilateral, isto é, o contrato.

Por sua vez, o consensualismo retrata o acordo de vontades expresso pelos contratantes e suficiente à formação do vínculo, com exceção dos casos que preconizam forma determinada²⁰⁸. Tal princípio também continua a existir, observadas as limitações impostas pela lei e pelo princípio da função social do contrato²⁰⁹.

A produção de efeitos do acordo de vontades apenas para os contratantes, não atingindo terceiros, é assegurada pelo princípio da relatividade dos efeitos dos contratos²¹⁰.

O princípio da força obrigatória dos pactos²¹¹ resulta da própria essência de um contrato, pois nenhuma avença teria sentido sem que houvesse um efeito obrigatório. Todavia, esse princípio foi elevado a um nível de intangibilidade absurdamente desproporcional que relações desiguais e injustas passaram a ser convalidadas, sob o rigorosíssimo argumento de que os pactos sempre deveriam ser adimplidos (*pacta sunt servanda*).

²⁰⁸ Como, v.g., uma escritura pública para a compra e venda de bem imóvel.

²⁰⁹ Art. 421 do Código Civil.

²¹⁰ Esse princípio comporta exceções, como nas relações de consumo, na hipótese de herdeiros universais de um contratante, nos termos do art. 1.792 do Código Civil, ou ainda na hipótese de uma relação contratual ferir o meio ambiente.

²¹¹ Observa-se que não existia um dispositivo expresso no Código Civil de 1916, como havia no *Code Napoléon* (art. 1134) e *Codice Civile italiano*, de 1942 (art. 1372).

Antes da Constituição Federal de 1988, a ideia de contrato era apoiada apenas nos princípios da autonomia da vontade e o da força obrigatória dos pactos. Tratava-se de um sistema sem abertura ou oxigenação que relegava ao esquecimento o princípio da boa-fé. É que o contrato era celebrado em bases puramente individuais, espelhando os anseios disseminados pelo Código Civil francês. Por mais que se propagasse que os contratos tinham um papel importante na circulação de riquezas e no fortalecimento da economia, gerou-se uma visão distorcida dos contratos, sem que houvesse entre os contraentes a necessária boa-fé e a comutatividade.

O princípio da força obrigatória dos contratos foi relativizado pelo CDC em 1990 e, mais recentemente, pelo Código Civil de 2002, em especial pelos arts. 113 (boa-fé subjetiva), 421 (função social do contrato) e 422 (boa-fé objetiva).

Importante salientar que o princípio da boa-fé, antes da Constituição Federal de 1988²¹², foi relegado ao esquecimento nas relações contratuais, visto que não havia norma expressa nesse sentido. Em que pese essa interpretação formalista, em verdade, o princípio da boa-fé objetiva poderia ter sido utilizado, posto se tratar de um princípio geral do direito. O atual Código Civil (arts. 113 e 422), por intermédio dessas cláusulas gerais, determina ao contratante um comportamento ético, equilibrado e honesto, balizando suas ações pela boa-fé.

Por sua vez, o princípio da função social do contrato limita a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos, tendo por escopo a ideia de comutatividade e a boa-fé objetiva. A autonomia da vontade não permitia que se contratasse contrariamente aos ideais de justiça, sendo essa a função social do contrato, hoje prevista expressamente no novo Código Civil, mas que sempre deveria ter existido nas relações contratuais, por estar diretamente vinculada à noção de comutatividade ou justiça comutativa²¹³.

²¹² Do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III) resulta a boa-fé objetiva.

²¹³ V. Rogério Ferraz Donnini, A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69-79.

Com efeito, a função social do contrato sempre fez parte da teoria contratual. É que, no sistema anterior, acreditava-se ingenuamente que seria consagrada pela simples atuação dos contraentes. Ademais, a preocupação maior cingia-se na evidente preocupação com a circulação de riquezas e com o efetivo cumprimento da obrigação, em detrimento de um comportamento ético e razoável.

Com a entrada em vigor do Código Civil o estudo da concepção social do contrato foi intensificado. Prescreve o artigo 421 que: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”, independentemente da crítica que se pode fazer do aspecto semântico de “liberdade de contratar”²¹⁴ e “liberdade contratual”.

A função social do contrato decorre da concepção social da propriedade, que existe desde a Constituição Federal de 1946 no Brasil, reiterado pelos textos constitucionais subsequentes, assim como presente no Estatuto da Cidade e no novo Código Civil (art. 1.228, § 1º). É, portanto corolário da noção social de propriedade²¹⁵, pela maneira como se opera a transferência do domínio, ou seja, pelo contrato.

Com efeito, advém do princípio da solidariedade (art. 3º, n. I, da Constituição Federal) o comportamento social exigido dos contratantes. De solidário (do latim *solidariu*) advém a palavra solidariedade, que significa obrigação recíproca entre as pessoas, que se obrigam uma pelas outras e cada uma delas por todas as outras pessoas. A ética liga um indivíduo às responsabilidades e interesses sociais para o beneficiamento do corpo social.

Por sua vez, os princípios da solidariedade e da igualdade, originam-se do supraprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, n. III). Por meio

²¹⁴ V. HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, in: *Revista do Advogado* n. 68, p. 86, dezembro de 2002, da Associação dos Advogados de São Paulo. A redação é considerada imprópria, pois a liberdade de contratar seria decorrência da própria liberdade de celebrar uma avença, o que seria óbvio numa sociedade capitalista, sendo mais precisa a expressão “liberdade contratual”, que resulta da possibilidade de criação de cláusulas contratuais.

²¹⁵ V. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68 e s.

daqueles instrumentos (solidariedade e igualdade), se dá a efetiva proteção da dignidade humana.

O princípio da igualdade deve ser entendido como uma meta, uma direção na busca da justiça social²¹⁶. O ultrapassado pressuposto de igualdade meramente formal cedeu à igualdade material. É que a versão contemporânea da igualdade pressupõe não apenas a igualdade das partes diante da lei, mas abrange a lei como um instrumento capaz de facilitar a igualdade substancial das partes materialmente desiguais e que, por essa razão, tendem a celebrar contratos em desequilíbrio.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, para que seja compatível com o princípio da isonomia, o tratamento desigual deve estar fundado em critério diferencial que não singularize de modo absoluto o indivíduo que será tratado de forma peculiar, pois do contrário “corresponderia ou à imposição de um gravame incidente sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa”, situações incompatíveis com a ideia de igualdade. Ademais, o critério diferencial deve ser inerente à pessoa, à coisa ou à situação a que se pretende dar um tratamento diferenciado, ou seja, “elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes”, pois “não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”²¹⁷.

Corolário do princípio da função social é o princípio da conservação dos contratos e o da possibilidade de revisão contratual. É, portanto, a tentativa de salvar a avença que de algum jeito encontra um vício ou que por alguma outra razão possa vir a ser considerado extinto. É o que se denomina princípio da conservação ou “*favor negotii*”. Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo²¹⁸:

²¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 428.

²¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 24 e 35.

²¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66-67.

Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação de normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação destas diversas normas, devem procurar conservar, em qualquer dos três planos – existência, validade e eficácia, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente (...) consiste em procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil.

É de se perceber, portanto, que o magistrado na função de interpretar a norma, ao se deparar com eventual causa de extinção contratual, deve evitar ao máximo a solução tendente à rescisão ou resolução liminar. Pelo contrário, almeja-se que o hermeneuta busque converter o contrato, reduzindo-o ou, ainda, revisando-o, pois somente em último caso a opção deve ser pela extinção da avença. Isso porque, deve ainda ser sopesado se o contrato é capaz de produzir algum efeito socialmente útil conforme o ordenamento jurídico²¹⁹. Nas palavras de Eduardo Luiz Bussata²²⁰:

A ideia subjacente a tal princípio é que a ordem jurídica somente deve impor a destruição de contrato afetados de qualquer vício quando o vício não for remediável. Se possível, o contrato deve ser tratado de forma que mantenha a produção de efeitos jurídicos, ainda que pouco diversos dos objetivamente queridos. Diante desse quadro, todos que se envolvam com o contrato deverão sempre agir com o fim de preservar o contrato, permitindo que produza algum efeito prático, não obstante a invalidade que sobre ele pesa, na medida em que o negócio jurídico concreto foi criado com uma finalidade e esta deve, tanto quanto possível, ser atingida.

É preciso, diante do ordenamento jurídico, conservar o equilíbrio das prestações contratuais (Princípio do Equilíbrio Material ou Equivalência das

²¹⁹ Nesse sentido são as lições de Manuel Antônio Domingues de Andrade. *Teoria geral da relação jurídica: fato jurídico, em especial, negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 430.

²²⁰ BUSSATA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação dos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 150.

Prestações), em especial pela observância do que prescrevem os artigos 156, 157, 317 e 478 do Código Civil e, ainda, artigo 6º, V do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Conclui Rodrigo Toscano de Brito²²¹, acerca da equivalência material, que:

É igualmente importante repisar, e aqui nos permitimos divergir da doutrina pátria, que, se se está diante de um princípio fundamentado na ideia de eticidade, lealdade, confiança, socialidade, proporcionalidade e razoabilidade, não se pode restringir sua aplicação aos contratos de natureza adesiva ou àqueles que contenham cláusulas gerais de contratação já prefixadas. Como dito, é certo que uma contratação não discutida livremente entre as partes deverá pedir com mais frequência o auxílio do princípio da equivalência material, mas uma contratação paritária também poderá recorrer ao princípio do equilíbrio contratual, a fim de manter equivalência de prestações. Ou seja, o princípio da equivalência material é princípio social geral dos contratos e, por suas bases teóricas, não pode estar adstrito a determinada natureza ou espécie contratual. (...) Diante disso, pode-se dizer que o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele por meio do qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade das prestações.

Daí porque, em sintonia com o princípio da conservação dos contratos, prevalece a tese que advoga pela revisão contratual em detrimento de sua extinção.

Mas, qual deve ser a solução do magistrado quando a parte requerer a resolução ou a rescisão em típico caso de revisão contratual? Por força do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, o magistrado não poderá determinar de ofício a revisão, sob pena de julgamento *extra petita*, bem como também não poderá julgar procedente a ação, sob pena de afrontar o princípio da conservação dos contratos (função social e boa-fé objetiva). A solução mais adequada é pela

²²¹ BRITO, Rodrigo Toscano. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 186-187.

improcedência da ação na qual conste o pedido de resolução ou rescisão, permitindo que a parte sucumbente promova ação revisional. Por isso, o ideal é que o postulante promova pedidos sucessivos de revisão e resolução ou rescisão contratual.

Quanto ao fundamento do princípio da conservação, é certo que advém do cumprimento da função social do contrato e da observância da boa-fé objetiva. Atualmente, não mais se admite um contrato sem a observância de sua concepção social (CC, 421), resguardando a visão de comutatividade e boa-fé objetiva (CC, 422, e CDC, 51, § 1º), oriundos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a função social do contrato serve de supedâneo para se efetivar o equilíbrio entre os contratantes, sob pena de ser revista a avença. Discorre Roxana Cardoso Brasileiro Borges²²²:

Perguntemos: para que serve o contrato? Para a satisfação dos interesses das partes que, isoladamente, não poderiam obter certos bens ou serviços, precisando, para isso, da colaboração da outra parte. Assim, a função socioeconômica do contrato reside na sua utilidade em relação à obtenção dessa satisfação. Quando o contrato não permite essa satisfação, servindo para outro fim, como o alcance dos interesses de apenas uma das partes, prejudicando a outra, o pacto não cumpre a sua função social, considerada justificativa jurídica para sua tutela pelo ordenamento. Assim, o contrato que não cumpre sua função social, no aspecto interno, tem sua finalidade esvaziada ou desviada, carecendo de justa causa para sua tutela. Se dado pacto não se reveste dessa utilidade, há problema quanto à sua validade e eficácia.

A função social do contrato permite, ainda, a aplicação do princípio da conservação dos contratos em detrimento de sua resolução precipitada, permitindo a manutenção do acordo, com o restabelecimento do equilíbrio. Ainda assim o sistema admite a conservação do contrato, desde que se modifique equitativamente as condições da avença (CC, 479).

²²² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 33.

4.4 Inexistência de fatos imprevisíveis e extraordinários

Analisando-se a possibilidade de revisão contratual no ordenamento jurídico brasileiro, chega-se a conclusão que essa possibilidade é relativamente recente. É que, com a visão patrimonialista de circulação de riquezas, o Código Civil de 1916 foi fiel ao brocardo “*Contractus enim legem ex conventionem accipiunt*”²²³, embora essa máxima tivesse origem nos princípios²²⁴ da teoria clássica contratual, e não num dispositivo específico²²⁵, como já mencionado.

Somente em meados do século passado²²⁶ é que surgiram as primeiras decisões relativizando a força obrigatória dos contratos. O primeiro julgado que reconheceu a teoria da imprevisão advém do Supremo Tribunal Federal²²⁷ e, após, a jurisprudência começou a engatinhar para permitir a revisão dos contratos.

O Código Civil de 1916, de forma expressa e como regra geral, não acolheu a Teoria da Imprevisão, trazendo apenas alguns casos esparsos de aplicação. Modernamente, veio a ser construída doutrinariamente no afã de mitigar a aplicação do princípio “*pacta sunt servanda*” (os pactos devem ser cumpridos) nos casos de mudança radical do contexto existente quando da formalização das avenças.

A cláusula “*rebus sic stantibus*” tem por escopo guarnecer uma das partes contratantes havendo impossibilidade de adimplemento da obrigação por alteração radical da base do contrato, quando de seu nascedouro. Com efeito, sempre foi considerada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira como inerentes nos pactos, mesmo que não explicitada tal disposição, exigindo requisitos basilares que autorizam a sua aplicação. Ou seja, a ocorrência de modificação brusca no contrato por decorrência de casos imprevisíveis e imprevistos (álea extraordinária)

²²³ “Os contratos são lei por convenção entre as partes”.

²²⁴ Autonomia privada e intangibilidade contratual.

²²⁵ Como sucede nos Códigos Civil da França (1804) e da Itália (1942).

²²⁶ Os julgados favoráveis à aplicação da teoria da imprevisão sofreram forte influência da primeira obra a esse respeito em nosso País, do prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943.

²²⁷ Recurso Extraordinário 91.715, de 25 de maio de 1950, oriundo da Justiça do Trabalho.

gerando, dessa maneira, prejuízos a uma das partes, além de onerosidade excessiva.

Ademais, é certo que existem situações que não permitem a aplicação da Teoria da Imprevisão, como aquelas que alteram a base do negócio jurídico e que acontecem de supetão, causando inegável desequilíbrio contratual.

Os tribunais brasileiros reconhecem a existência da Teoria da Imprevisão, porém tem sido rigorosos em relação a sua aplicação, exigindo a presença de seus requisitos existenciais. A relatoria do Ministro Costa Manso²²⁸ (STF), em 1938, em um dos marcos iniciais que consagrou a aplicação teórica, decidiu que “a regra ‘rebus sic stantibus’ não é contrária ao texto expresso da lei nacional”. Com razão, a Corte Suprema admite a teoria em voga apenas em casos extremamente especiais²²⁹.

Diversas decisões afastam a aplicação da teoria em casos de majoração salarial, alta de custos de materiais ou de reajuste de preços²³⁰. Por outro lado, existem decisões que aplicam a teoria se houver imprevisibilidade ante os altos índices inflacionários, entretanto, em linhas gerais, a jurisprudência brasileira inadmite a aplicação da cláusula “*rebus sic stantibus*” nas situações que envolvem inflação, mesmo que demasiada, pois mesmo que gere desequilíbrio no contrato, trata-se de um fator absolutamente previsível.

Mesmo existindo requisitos ensejadores da aplicação teórica e constatando-se prejuízos, ainda assim a Corte Superior de Justiça²³¹ decidiu no sentido de que tais pressupostos não bastam, sendo imperioso que o enriquecimento seja indevido e injustificável, “resultando empobrecimento sensível” a um dos contraentes. Com efeito, além dos pressupostos de imprevisibilidade, é preciso que haja enriquecimento e prejuízo, inesperado e injusto, por uma das partes. Ademais, também, exige-se onerosidade excessiva a um dos contratantes que torna a

²²⁸ RF 7/79.

²²⁹ RREE nº64.692 e nº75.511, Rel. Min. Aliomar Baleeiro; RMS nº8.071, Rel. Min. Soares Muñoz; RHC nº59.052, Rel. Min. Clóvis Ramalhete; RE nº80.575, in DJ de 27.10.83; RT 551/177.

²³⁰ RTJ 68/95, 57/44 e 51/187; RT 399/233

²³¹ RSTJ 23/329. 3ª Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro, j. 25.06.1991.

execução contratual demasiadamente insuportável, merecendo esse elemento especial consideração.

O Código Civil Brasileiro de 2002 acolhe a Teoria da Imprevisão, consagrando-a nos artigos 317 e 478, em que pese a tendência dos tribunais de exigir de forma extremamente rigorosa todos os seus requisitos para a aplicação. O artigo 478 do CC/02 é expresso no seguinte sentido:

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

Segue o nosso Código os passos do *Codice Civile* italiano, art. 1467²³². Naquele momento histórico, em 1942, tal dispositivo italiano foi importante para que se possibilitasse a revisão de um contrato, em razão de fatos supervenientes à celebração do pacto, considerados imprevisíveis e extraordinários. Note-se que o Diploma Civil italiano entrou em vigor em plena segunda Grande Guerra. Certo, portanto, a intenção do legislador de permitir a flexibilização da força obrigatória dos pactos em situações consideradas excepcionais, como uma profunda alteração da economia. A teoria da imprevisão é justificada pelos gigantes problemas econômicos existentes da Europa imediatamente após a primeira Guerra Mundial.

²³² “*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. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*”. Tradução: “Nos contratos de execução continuada, periódica ou de execução futura, se a prestação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa em consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1.458. A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente entra no risco normal do contrato. A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do contrato.”

Destarte, ao invés do Código Civil italiano e brasileiro acolherem apenas a onerosidade excessiva, acolheram a Teoria da Imprevisão, com seus requisitos de difícil aplicação prática. Ora, bastaria que fossem aplicadas as prescrições de Justiniano, por analogia, diante de eventual desequilíbrio no contrato, independentemente de causas oriundo de fatos imprevisíveis. Bastaria, portanto, perceber que o Direito não acoberta o locupletamento ilícito, seja por qualquer motivo imaginado.

No Brasil, já num contexto diverso do italiano, a teoria da imprevisão desenvolveu-se após a segunda metade do século passado, permitindo de forma expressa a revisão contratual, pela primeira vez, no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V) e mais recentemente no Código Civil. Ademais, convém observar que o CDC também consagrou o princípio da onerosidade excessiva, considerando prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (art. 39, V).

No Direito alemão existe expressa menção acerca da Teoria na Imprevisão. O § 313 do BGB (mencionado adiante quando do estudo das consequências jurídicas da quebra da base do negócio jurídico de Karl Larenz) acentua que, ante “mudanças graves nas circunstâncias que, integram a base do contrato, depois de sua celebração” (alea extraordinária), é possível o reequilíbrio do contrato, se as partes “tivessem podido prever as mudanças” (previsibilidade). Significa dizer, em interpretação a contrário senso, que sendo previsíveis as mudanças, não será aplicável o mencionado dispositivo da lei civil alemã.

Em Portugal, o Código Civil²³³ não reconheceu, de maneira expressa, a Teoria da Imprevisão, importando em prescrições acerca da cláusula “*rebus sic stantibus*” e a álea extraordinária no artigo 437, inciso I, que trata da resolução ou modificação do contrato por alterações das circunstâncias (condições de admissibilidade), *in verbis*:

²³³ Decreto-Lei nº 47.344, de 25.11.1966.

ARTIGO 437.º1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Percebe-se que o legislador considera que a “alteração anormal” das “circunstâncias” em que as partes pactuaram faculta o direito ao contratante prejudicado de dar por resolvida a avença ou, ainda, a modificação desta com base na equidade. Ademais, exige-se, ainda, afetação do princípio da boa-fé e que as perdas não sejam cobertas pelo contrato. É caso de boa-fé objetiva (comportamento esperado das partes) e de riscos contratados previamente. Tal dispositivo demonstra a preocupação do legislador em assegurar a comutatividade no sentido de preservar os contratos e garantir que não se transfigurem no futuro, por motivos alheios à vontade das partes. Trata-se de regulação da onerosidade excessiva a fim de reequilibrar as relações negociais e, ainda, afastar o locupletamento ilícito.

O que seria atualmente imprevisível? Poderíamos dizer que a volta da inflação, a alteração de uma alíquota de importação ou a desvalorização ou mesmo a valorização cambial são fatos imprevisíveis? Analisando-se a origem dessa teoria, a nenhuma dessas hipóteses poderia ser atribuída esse adjetivo.

A discussão permeia a aplicação do princípio da onerosidade excessiva, o qual mensura o desequilíbrio contratual de forma objetiva, balizando a insuportabilidade do cumprimento da obrigação por um dos contratantes. É que com a lesão objetivamente considerada um dos contratantes apenas detém vantagens ao passo que ao outro são conferidos benefícios em excesso, configurando a chamada “*laesio enormis*” do Direito Romano e, por conseguinte, rompendo-se o princípio essencial da comutatividade. É que, com efeito, no século VI, Justiniano interpolando as Constituições atribuídas a Diocleciano e Maximiliano, ao responder a consulta de Lupus, elaborou o instituto da lesão objetiva²³⁴.

²³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da teoria da imprevisão. In: *Revista do Advogado*, 116. Junho de 2012. p. 20-21

Nesse diapasão, registre-se que o Código Civil abraçou o instituto da lesão enorme no artigo 480, o qual preceitua que:

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

Faz-se presente, na norma civil, as lições de Justiniano de vedar a onerosidade excessiva e afastar cláusulas abusivas que ofendem a comutatividade contratual. Em que pese ser genérico o dispositivo, é mais do que evidente a concentração da ideia de observar o contrato no contexto de sua formação. Isso porque há norma dispondo acerca do desequilíbrio após a formulação do contrato (art. 478 do CC/02).

A lesão independe da apuração de culpa, exigindo apenas, como pressuposto, a averiguação de eventual desequilíbrio no pacto. Com efeito, se o desequilíbrio gerar onerosidade excessiva, esse fato pode ocasionar a revisão judicial do contrato, atualizando-se os valores inicialmente pactuados, adequando-se a vontade das partes ao contexto inicial, quando o contrato for modificado por condições futuras (art. 479 CC/02).

Diversamente, inexistindo a possibilidade de revisão porque uma das partes não compartilha desse entendimento, o contrato deve ser resolvido por decisão judicial. É que, não sendo possível a revisão proposta, resolve-se o contrato²³⁵.

Inegável que a lesão, presente tanto no enriquecimento ilícito quanto na atuação indevida, deve ser analisada de forma absolutamente objetiva, pois em vista de um prejuízo e, caracterizado o nexo causal com a constatação de desequilíbrio na avença, mister o restabelecimento da isonomia entre os contraentes. Isso, pois, se a situação for agravada para uma das partes da relação jurídica, a obrigação será demasiadamente onerosa, tornando o seu adimplemento totalmente insubsistente.

²³⁵ SIDOU. Othon J. M. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 120.

Há de se ter atenção para não transformar o contrato comutativo em aleatório, pois no primeiro as partes possuem a plena consciência do que irão ganhar e, da mesma forma, o que terão a perder. Daí porque, em contratos comutativos que desde sua origem já apresentam desequilíbrio ou, surgindo a desproporção após a celebração, ocasionando prejuízos incontestáveis a uma das partes por razões alheias aos interesses dos contraentes, imperiosa a resolução contratual por onerosidade excessiva, independentemente da “previsibilidade” da modificação do contexto fático. Isso, é claro, se o contrato não puder ser revisto²³⁶. Daí porque conclui o Álvaro Villaça Azevedo²³⁷:

[...] julgo que a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a moderna Teoria da Imprevisão, que reduz a sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situação futuras e imprevisíveis. Para mim, portanto, a lesão enorme ocorre quando existe mero desequilíbrio contratual, desde que presentes graves modificações no contrato, pressupondo, assim, a *alea extraordinaria*. (...) Minha sugestão, portanto, é a de que se elimine essa situação de imprevisibilidade, constante do art. 478 do atual CC brasileiro, riscando-se seu texto a palavra **imprevisíveis**. Desse modo, o art. 480 cuidará, como cuida, do desequilíbrio econômico, com inspiração no Direito justiniano, no nascimento do contrato, coibindo cláusulas leoninas e abusivas. Por outro lado, o art. 478, sem a palavra **imprevisíveis**, será aplicado nos graves desajustamentos contratuais, surgidos após a contratação, em decorrência de fatos supervenientes. Aqui estará, por analogia, o ensinamento Justiniano. E o art. 479 estará presente para possibilitar o salvamento do contrato, por meio de revisão judicial. Veja-se, finalmente, que o art. 317 do CC, no Direito das Obrigações, cogitando do objeto do pagamento, assenta que, ocorrendo desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, por motivos imprevisíveis, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. A meu ver, deve excluir-se a palavra imprevisíveis também do art. 317, pois qualquer motivo grave de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de qualquer imprevisibilidade. Assim deve ser, para que se evite o enriquecimento injusto ou indevido. O Direito moderno não pode possibilitar esse enriquecimento injustificado, contra o princípio da comutatividade dos contratos, transformando os negócios comutativos em aleatórios.

²³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da teoria da imprevisão. In: *Revista do Advogado*, 116. Junho de 2012, p. 20-21.

²³⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da teoria da imprevisão. In: *Revista do Advogado*, 116. Junho de 2012, p. 20-21.

Ademais, numa interpretação literal e, portanto, inadequada da norma (arts. 317 e 478) e também da própria teoria da imprevisão, sem abarcar a visão geral do sistema jurídico, o intérprete poderia concluir que nas relações entre particulares (reguladas pelo Código Civil), para que uma avença fosse modificada seria necessário um fato extraordinário da grandeza de uma guerra ou o colapso da economia.

Porém, para a revisão de um contrato, basta apenas que a base do negócio jurídico tenha se alterado. É o que se denomina base objetiva, que é violada quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação inexistente²³⁸. Essa base do negócio está condicionada ao estrito cumprimento do art. 422 do Código Civil (boa-fé objetiva), equivalente ao § 242 do BGB²³⁹, além da função social do contrato (CC, 421). Rogério José Ferraz Donnini²⁴⁰ ensina que:

[...] nos contratos de consumo, para que o consumidor pleiteie a revisão do pacto, basta a demonstração das hipóteses do art. 6º, n. V, do CDC. Nada obsta, também, que o fornecedor de produtos ou serviços pugne pela eventual revisão da avença. Nesse caso, o fundamento legal está no § 2º do art. 51 do CDC, assim como na regra geral do Código Civil, que serve de base para qualquer pedido de revisão, ou seja, a **função social do contrato. Se se tratar de relação entre particulares, regulada pelo Código Civil, o fundamento para o pedido de revisão do contrato deverá estar pautado na função social do contrato (CC, art. 421) ou, na hipótese de imprevisão, nos dispositivos específicos que tratam desse tema (CC, 317 e 478/480).** (grifo nosso)

Destarte, a revisão judicial de contratos não tem por escopo ir além da vontade das partes e, com isso, gerar insegurança ao vínculo previamente estabelecido. Pelo contrário, o objetivo nato é reequilibrar a avença com a estrita finalidade de

²³⁸ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid, 1956, p. 224 e s.

²³⁹ "O devedor está obrigado a efetuar a sua prestação conforme a boa-fé e os costumes de trânsito". V. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, ob. cit., p. 422 e s.

²⁴⁰ DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69/79.

preservá-la, satisfazendo além dos interesses das partes, a função social decorrente. Em regra, os contratos devem ser adimplidos e a revisão judicial almeja a possibilidade de cumprimento equilibrado.

5 POSSÍVEIS TEORIAS QUE FUNDAMENTAM A IMPREVISÃO E A QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Diversas teorias almejam servir de supedâneo a teoria da imprevisão. Trataremos, a seguir, de algumas das mais conhecidas²⁴¹. Nesse ponto, é essencial observar que, além das teorias mencionadas a seguir, existem outras que, da mesma forma, pretendem justificar o fundamento da imprevisão, seja no aspecto moral ou no do direito²⁴².

Nas palavras de Rogério Donnini²⁴³, *in verbis*:

[...] o fundamento da teoria da imprevisão reposa tanto na noção de moral quando na de jurídico, visto que ambas repelem o excessivo rigor no cumprimento de uma obrigação, Casio exista desequilíbrio na avença em virtude de fatos imprevidos que venham a causar a uma das partes grande prejuízo e, por via de consequência, uma relação injusta e iníqua.

5.1 Teoria da pressuposição

A teoria da pressuposição desenvolveu-se num período em que o conceito de negócio jurídico era intrinsecamente ligado à vontade, seu elemento definidor. É que

²⁴¹ Sobre o assunto, ver: KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 20/33; NETO, Antonio José de Mattos. A cláusula 'rebus sic stantibus' e a cláusula de escala móvel. *Revista de direito civil*, 63:87-108 e, por fim, DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40/43.

²⁴² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943, p. 223. Nesse ponto o autor menciona as teorias que se baseiam na boa-fé (Pugliesi, Naquet e Wendt), bem como aquelas que buscam o fundamento na regra moral das obrigações (Georges Ripert) e aquelas baseadas na noção e ordem moral e segurança econômica (Voinin). Merece destaque, por fim, Pontes de Miranda, em suas críticas às teorias. (*Tratado de direito privado*. Parte geral. Rio de Janeiro. Borsoi, 1954. T.3. p. 77/78).

²⁴³ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 43.

o negócio jurídico tem a vontade como seu elemento central. Bernard Windscheid²⁴⁴, autor dessa teoria, definia o negócio jurídico como uma “*declaração privada de vontade, que visa à produção de efeitos jurídicos*”.

A teoria da pressuposição, desenvolvida no final do século XIX, pode ser compreendida por uma “*limitação da vontade que não se desenvolveu até uma condição*”, isto é, uma “*condição não desenvolvida*”²⁴⁵. Por meio dessa limitação da vontade, a teoria da pressuposição indica que a vontade apenas seria válida em circunstâncias tais em que o declarante reputasse como adequadas ao contexto. Ou seja, se a pressuposição não se realizou, as consequências jurídicas podem até ter correspondido a vontade declarada na avença, mas não a verdadeira vontade inicialmente pactuada. É que, por essa teoria, as partes vinculam a avença à existência de certas situações. Pressupõe-se que o estado das coisas permanecerá normal e o contrato deve ser revisto havendo extraordinária mudança da situação que implique na onerosidade excessiva a um dos contratantes e, via de consequência, enriquecimento ilícito do outro.

Como principal expoente dessa teoria, Windscheid²⁴⁶ asseverava que:

Quando alguém dá alguma coisa ou se obriga ou, também, efectua uma prestação sob a pressuposição de que algo seja, tenha sido ou venha a ser, ou, também, não seja, não tenha sido ou não venha a ser e a realidade não corresponda a essa pressuposição, ou deixe de lhe corresponder, então ele pode repetir ou reter ou recuperar em valor o que tenha dado, a obrigação assumida ou a atividade desenvolvida.

Diante dessa intenção de tutelar juridicamente os motivos, a teoria da pretensão foi duramente criticada. Dentre os principais expoentes da dissonância

²⁴⁴ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlos Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico Torinese, 1902, v. 1, p. 264 e 266.

²⁴⁵ WINDSCHEID, Bernardo. Ob. cit. p. 394/395.

²⁴⁶ Windscheid apud MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 269, nota 249.

menciona-se Lenel²⁴⁷ e Bessone²⁴⁸. Ademais, Pontes de Miranda²⁴⁹ também cuidou de apontar críticas:

Ou a teoria da pressuposição se reduz à da cláusula 'rebus sic stantibus' ou se trata de afirmação de existir condição tácita ou implícita, ou desatende a que, nos negócios jurídicos bilaterais, pode levar a se atender ao que só um dos figurantes propôs.

Em que pesem as críticas duramente lançadas contra a teoria da pressuposição, a doutrina manteve acesa a chama do interesse na linha de estudo preconizada por Windscheid, pois a teoria da base do negócio jurídico é um desenvolvimento da teoria da pressuposição.

5.2 Teria da superveniência ou da vontade marginal

O idealizador dessa corrente foi o Giuseppe Osti. Preconiza a teoria que os pactuantes, ao formalizarem um acordo de execução a termo ou sucessivo, devem supor que o adimplemento de suas obrigações se sujeita a condições subjetivas e objetivas, conforme representadas, sendo certo que suas vontades marginais apenas se consubstanciam quando da efetiva realização dos atos aos quais as partes se obrigaram. É que, segundo essa teoria, as condições convencionadas podem ser alteradas pela superveniência de fatos não imaginados quando da celebração do contrato²⁵⁰.

²⁴⁷ LENEL, apud MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha de. *Da boa-fé no Direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 974.

²⁴⁸ BESSONE, Mario. *Adempimento e Rischio Contrattuale*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 62/63.

²⁴⁹ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25, p. 221/222.

²⁵⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943, p. 211.

5.3 Teoria do erro

Desenvolvida por Achillese Giovane, essa teoria possibilita a ideia de alegação de erro pela parte contratante na ocorrência de fatores supervenientes e imprevisíveis quando da realização do pacto, isto é, havendo divergência entre a vontade inicial dos contratantes e a realidade posterior verificada²⁵¹.

5.4 Teoria da situação extracontratual

Criada por A. Bruzin, a teoria da situação extracontratual, em que pese reconhecer a diretriz da intangibilidade das avenças, na ocorrência de fatos imprevisíveis aptos a modificar a convenção, configurando situações à margem daquilo que foi pactuado, em virtude de tais fenômenos, os efeitos das obrigações devem ser modulados²⁵².

5.5 Teoria do dever e do esforço

Elaborada por R. Hartmann, informa no sentido de que o devedor deve implementar todos os seus esforços para cumprir com sua obrigação e, havendo inadimplemento, esse fato supostamente teria acontecido por acontecimentos supervenientes que ultrapassariam a vontade do devedor, motivando sua liberação do vínculo contratual outrora assumido²⁵³.

²⁵¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943, p. 219/221.

²⁵² SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 45.

²⁵³ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 45.

5.6 Teoria do estado de necessidade

Elaborada por Lehmann e Coviello, a teoria do estado de necessidade tenta justificar a imprevisão aventando que inexistiria por parte do devedor a intenção de inadimplir o contrato quando o descumprimento estiver pautado em necessidade de salvar direito próprio ou alheio ocasionado por perigo iminente em evento inevitável²⁵⁴.

5.7 Teoria do equilíbrio das prestações ou interesses

Defendem Giorgi e Lenel, a teoria que possibilita a revisão do contrato sempre que um fato estranho à avença abalar suas condições, recuperando-se, assim, o equilíbrio das prestações ou interesses contratuais²⁵⁵.

5.8 Teoria da quebra da base subjetiva do negócio jurídico

A teoria da quebra da base subjetiva do negócio liga-se aos estudos de Windscheid no que tange a relevância jurídica das ulteriores modificações do contrato. É constituída pelo conteúdo das:

[...] representações sobre a existência e permanência de certas circunstancias fundamentais, as quais, sem ter chegado a fazer parte do contrato, foram feitas base do negocio, tanto por ambos os contratantes, tanto por um só, sabendo o outro e não recusando-o, a cujo efeito não devem levar-se em conta as variações previstas ou previsíveis.²⁵⁶

²⁵⁴ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 46.

²⁵⁵ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 46.

²⁵⁶ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 11.

É que Larenz²⁵⁷ entende a base subjetiva do negocio jurídico como:

[...] a comum representação mental dos contratantes pela qual ambos se deixaram guiar ao fixar o conteúdo do contrato. A representação tem que ter induzido a concluir o contrato não uma, mas a ambas as partes. Se a representação não se realiza, cada uma das partes incorreu em um 'erro sobre os motivos' que se refere a uma situação de fato por ambas admitida, ou seja, uma pressuposição comum a ambas.

Frise-se, entretanto, que a quebra da base subjetiva adquire maior relevo quando a equivocada representação dos contratantes diz respeito não a uma qualidade do objeto, mas a outra circunstância essencial para o direcionamento volitivo das partes: a base de cálculo por ambas consentida²⁵⁸.

Desta feita, pode-se compreender a base subjetiva do negócio jurídico como aquela situação na qual as partes, por suposição, dão como certa a existência de uma situação fática. Por conta dessa pressuposição, finalizam o negócio levando em consideração que nenhuma delas teria concluído a avença se tivesse real conhecimento das circunstâncias reais, supondo-se uma conduta em consonância com o princípio de lealdade e boa-fé. Conclui-se que a situação de fato, bilateralmente admitida pelas partes, passa a ser a base subjetiva do negócio.

Em que pese tais considerações, não se discute que a teoria da base subjetiva do negócio jurídico sofreu diversas críticas por adentrar na esfera dos motivos, enquadrando-se juridicamente na teoria do erro em relação aos motivos e

²⁵⁷ LARENZ, Karl. Ob. cit. p. 41.

²⁵⁸ LARENZ, Karl. Ob. cit. p. 45. Trata-se da clássica situação jurídica dos "Rubros". Em 1920, o autor emprestou 30 mil rubros ao réu com a finalidade de seu retorno do cativeiro para a Alemanha. As duas partes imaginaram que o câmbio do rubro era de 25 *pfenning*. Por conta disso, o réu deu um recibo ao autor atestando que lhe devia 7.5000 marcos. Entretanto, o câmbio do marco era de somente 1 *pfenning*, oferecendo-se o devedor a pagar somente 300 marcos, ao passo que o credor postulava receber 7.500 marcos. Nota-se um erro em relação aos motivos, pois se o credor soubesse que a soma do empréstimo equivalia a apenas 300 marcos não teria exigido aquela quantia do réu, pressupondo-se uma conduta leal. No caso em testilha, ambas as partes admitiram uma situação de fato (a suposta cotação do rubro em relação ao marco) pela qual se deixaram guiar no momento da conclusão contratual, mas a situação de fato na realidade era divergente. Destarte, o erro não era somente em relação aos motivos de uma das partes, mas em relação à base do contrato por ambas aceita (p. 47 e seguintes).

dos vícios da vontade. É sabido que no direito brasileiro as representações psíquicas dos contratantes sobre o futuro contratual não tem relevância jurídica. Com efeito, existindo o contrato e inexistindo vícios de consentimento que o maculem ou, ainda, erro sobre a declaração de vontade ou sobre o objeto precípua da declaração, o motivo do ato apenas influencia quando for expresso como sua razão determinante ou sob a forma de condição. Nesse aspecto, preceitua o artigo 140 do Código Civil brasileiro de 2002, *in verbis*: “Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”.

A grande maestria de Larenz foi haver criado um sistema para a teoria da base do negócio jurídico, com duas acepções distintas: a.) base subjetiva: expressada por uma determinação da vontade de uma ou ambas as partes, sendo a “representação mental” no momento da conclusão do negócio jurídico que influiu na criação dos motivos e; b.) base objetiva: como um “complexo de sentido inteligível”, ou seja, “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, sabendo ou não os contratantes, pois não sendo assim, não se alcançaria o fim do contrato.”²⁵⁹

5.8.1 Implicações na Itália

A teoria da pressuposição teve grande influência na doutrina e jurisprudência italiana. Isso porque serviu de supedâneo para mitigar o requisito da imprevisibilidade e estender a aplicação do artigo 1.467 do *Codice*²⁶⁰ para as situações nas quais a excessiva onerosidade da prestação não fosse causada por eventos imprevisíveis. Nesse aspecto pondera Bessone²⁶¹:

O artigo 1467 constituiu aplicação da teoria da pressuposição e esta última tem relevância no ordenamento, mas também fora da hipótese do artigo 1467 CC, cada vez que pelas partes tenha sido considerada, tacitamente, determinada circunstância como base do negócio.

²⁵⁹ LARENZ, Karl. Ob. cit. p. 37.

²⁶⁰ Ver comentários ao citado artigo no tópico “Inexistência de fatos imprevisíveis e extraordinários”.

²⁶¹ BESSONE, Mario. Ob. cit. p. 84.

Com efeito, a *Corte de Cassazione*²⁶² entendeu que: “a previsão de peculiares efeitos do contrato em relação à situação existente ao tempo da contratação deve ser ínsita à declaração de vontade, e determinante da vontade de um contratante e conhecida pelo outro.” Conforme Bessone, diversas decisões italianas afirmam que a apreciação das circunstâncias é justificada se a pressuposição de uma das partes for conhecida pela outra, chegando a mencionar, inclusive, que a teoria da base subjetiva do negócio conseguiu exercer ainda mais influência na Itália do que na própria Alemanha²⁶³.

5.9 Teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico

Como consequência do meio no qual está inserido, não se olvide que o contrato é reflexo das condições sociais existentes. Por isso, antes de sua formação, as partes são levadas a contratar por certas condições da realidade, formulando suas intenções segundo circunstâncias de caráter geral, tais como o poder aquisitivo da moeda e segurança nas transações econômico-financeiras.

Dessarte, se após a conclusão do acordo ocorrerem transformações essenciais que impliquem necessariamente na modificação da linha mestra do pacto originário acarretando diferentes conclusões daquelas anteriormente pretendidas pelas partes, é mais do que certo que o ordenamento jurídico deverá guarnecer tais situações a fim de que injustiças não se perpetuem em nome do rigorismo formal. Daí porque Clóvis do Couto e Silva²⁶⁴ leciona que:

A base objetiva do negócio jurídico decorre de uma ‘tensão’ ou ‘polaridade’ entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional – o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato a realidade subjacente.

²⁶² Cass. 25 junho de 1952, n. 1883, apud BESSONE, Mario. Ob. cit. p. 88.

²⁶³ BESSONE, Mario. Ob. cit. p. 134/135..

²⁶⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na perspectiva de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 93/94.

Portanto, a base objetiva do negócio jurídico é formada pelas representações das partes quando da conclusão do contrato sobre as circunstâncias que levaram a sua formação, sendo que tais condições são erguidas pelos contratantes como pilares fundamentais da avença. Pode ser caracterizada pela permanência de uma série de condições econômicas que delimitam o contrato, o qual está indissolúvelmente atrelado à conjectura econômica, que não é perene, pois nela se reflete a ordem social. Posto isto, o fato é que o contexto econômico-social amolda os contornos contratuais.

É que, para Larenz²⁶⁵, a base objetiva é formada pelas:

Circunstâncias e pelo estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambas as partes, como regulação dotada de sentido.

Logo, considerando que o equilíbrio do contrato diz respeito ao contexto econômico-social, o contrato deixa de ser visto como um instituto jurídico que se relaciona apenas às partes, pois, acima de tudo, está umbilicalmente ligado a corpo social. Dessa relação advém a responsabilidade do Estado pela justiça contratual, privilegiando-se a adaptação das avenças às circunstâncias econômicas em detrimento da simples e pura extinção por inadimplemento do pacto.

Confrontando-se os pressupostos da teoria da base do negócio jurídico com aqueles da teoria da imprevisão, nota-se que a primeira exige condições mais flexíveis, pois não requer a imprevisibilidade dos acontecimentos como requisito essencial capaz de desestabilizar o critério econômico-financeiro do contrato. Daí porque se conclui que a teoria da base do negócio jurídico possibilita com maior facilidade a revisão contratual pela modificação das condições, pois não exige a imprevisibilidade do fato gerador do desequilíbrio. Inclusive, existem decisões judiciais²⁶⁶ nesse sentido, registrando-se, *in verbis*:

²⁶⁵ Ob. cit. p. 170.

²⁶⁶ Apelação Cível nº 193.051.083 da 4ª Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Márcio Oliveira Puggina, julgado em 24.06.1994.

Não se perquire mais, como na Teoria da Imprevisão, sobre a previsibilidade do fato econômico superveniente. E nem se deveria. Com efeito, o fato pode ser previsível, mas não é esperado, porque se esperado fosse, nem o banco emprestaria o dinheiro e nem o tomador assumiria um compromisso que não pode arcar. Logo, o fato previsível, mas não esperado, situa-se na área do risco inerente a qualquer atividade negocial.

Inobstante as críticas de teorias posteriores a da base objetiva do negócio jurídico²⁶⁷, fato é que ainda possui utilidade a distinção entre base subjetiva e objetiva, pois o § 313 do BGB, quando da reforma do direito das obrigações, acolheu as duas vertentes.²⁶⁸

A seguir, serão tratadas as duas situações descritas por Karl Larenz que caracterizariam a quebra da base objetiva do negócio jurídico: destruição da relação de equivalência e impossibilidade de alcançar o fim do contrato.

5.9.1 Destruição da relação de equivalência

Caracteriza quebra da base objetiva do negócio jurídico a destruição da relação de equivalência, pois é dispensável que as prestações recíprocas num contrato bilateral, no qual cada uma das partes se obriga por uma prestação previamente fixada na avença, sejam equivalentes segundo um critério objetivo.

Isso porque o bastante apenas que cada uma das partes considere a outra prestação como uma compensação suficiente, dentro de um juízo subjetivo das partes no contrato. Destarte, eventuais desequilíbrios com caráter objetivo não terão repercussão sobre a natureza contratual. O contrato permanecerá oneroso se os contratantes atribuírem às vantagens e desvantagens numa simples e pura relação

²⁶⁷ Josef Esser, apud MENEZES CORDEIRO, ob. cit. p. 1048 e 1949. Ver também Enneccerus-Lehmann, apud SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz. Manuel de Andrade, Civilista. *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, Coimbra*, 1959, v. 35, p. 35, nota 42.

²⁶⁸ Nesse sentido, VELENCOSO, Luz María Martínez. *La Alteración de las circunstancias contractuales*. Madrid: Civitas, 2003, p. 34.

de equivalência.

Daí porque Larenz²⁶⁹ ensina que as relações pertinentes ao contrato devem ser condizentes com a “*justiça compensatória*”, que não se refere apenas à equivalência das prestações, mas, além disso, à distribuição equânime de riscos e responsabilidades inerentes ao acordo.

É condição do contrato bilateral que cada parte receba por sua prestação um determinado equivalente, o qual, inclusive, poderá ser menor que o valor de mercado, mas que poderá ser recebido como equivalente pela parte que irá recebê-lo. Logo, depreende-se que é da essência do contrato bilateral a relação de reciprocidade da prestação e contraprestação das partes. Daí porque o contrato bilateral tende a perder seu sentido quando, por conta de modificações circunstanciais, a relação de equivalência se transformar ao ponto de não se poder falar em contraprestação. Em tese, nesse momento, a base do negócio não mais subsiste.

Nesse caso, caindo por terra a base do negócio jurídico, a alteração é de tamanho porte que impossibilita a finalidade precípua do contrato, isto é, o manejo de prestação e contraprestação consideradas pelas partes como equivalentes. Daí porque considera a doutrina de Larenz atentar contra a boa-fé a exigência do cumprimento da obrigação por uma das partes quando a simbiose entre as prestações se tenha alterado a ponto de não corresponderem numa relação de proporcionalidade.

5.9.2 Frustração da finalidade contratual

A frustração da finalidade do contrato apenas interfere na continuidade da relação contratual quando disser respeito a uma finalidade comum entre as partes, ou seja, a finalidade objetiva do contrato. Trata-se da perda de utilidade da própria

²⁶⁹ LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte General*. Caracas: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 61.

prestação por um dos contratantes, o qual não mais terá razões para adimplir a avença considerando o desaparecimento do motivo que gerou a contratação.

A impossibilidade de alcançar o fim do contrato por razões externas e não relacionados ao risco natural da negociação dá ensejo ao desaparecimento da permanência da obrigação. Isso porque, nas palavras de Pontes de Miranda²⁷⁰:

Deixa de subsistir a base do negócio jurídico (...): b.) se não se pode obter a finalidade objetiva do negócio jurídico, ainda que possível a prestação, entendendo-se que a finalidade de um dos figurantes, que o outro admitiu, é objetiva (= subjetiva comum).

Os casos de frustração dizem respeito à avença que ainda era possível de ser adimplida conforme seu critério material, porém sem razão de ser para uma das partes, pois incongruente com a estruturação do contrato preconizado inicialmente pelas partes. Tal frustração decorre dos seguintes fatores: impossibilidade de se alcançar a finalidade do contrato, quando inútil para a parte que o desejava ou a finalidade conquistada por meios diversos²⁷¹. À guisa de exemplo, cita-se o caso de uma empresa que contrata campanha publicitária de certo produto, mas antes do início, tal produto é considerado proibido por portaria governamental²⁷².

5.10 Consequências jurídicas

O corte que delimita a continuidade ou não do vínculo contratual é a possibilidade de manutenção do seu sentido primário, ou seja, aquela finalidade e objetivo almejado pelas partes contratantes. Significa dizer, portanto, que o sentido do contrato deve ser compreendido e perseguido no mesmo diapasão dos preceitos

²⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. Francisco. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25, p. 257.

²⁷¹ Espert Sanz, apud PRADERA, Lis-Paula San Miguel. La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea. In: ESPIAU, Santiago; ALOY, Antoni Vaquer (Org.) *Bases de um Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant ló blanch, 2003, p. 374, nota 12.

²⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: [s.e.] 1986, p. 222.

de boa-fé. Há, portanto, íntima ligação entre o princípio da boa-fé e a teoria da base objetiva do negócio jurídico²⁷³.

Após a reforma da parte obrigacional do BGB em janeiro de 2002 houve certa modificação da situação, pois a lei civil acolheu disposição expressa que regulamenta as alterações durante a vigência contratual, dispondo o § 313²⁷⁴ que:

1. Se as circunstâncias que formam parte da base do negócio modificarem-se consideravelmente depois da conclusão do contrato, de modo que as partes não possam concluir o contrato ou com esse conteúdo não pudessem prever essa transformação; é possível solicitar a adaptação do contrato, sempre que não se possa exigir de uma parte a vinculação ao contrato, tendo em conta as circunstâncias do caso, especialmente a distribuição contratual ou legal dos riscos.
2. Dita modificação das circunstâncias é equiparável à falsa representação da realidade a que pertence a base do negócio.
3. Se a adaptação do contrato não é possível ou não é exigível a uma das partes, a parte em desvantagem pode solicitar a resolução do contrato. Em vez da resolução, nos contratos de trato sucessivo, as partes têm o direito de denunciar o contrato.

A reforma inseriu no BGB a possibilidade de revisão contratual em caso de superveniente modificação do contexto básico da avença, dando guarida a teoria da base do negócio jurídico e a primazia da adequação do contrato em detrimento à

²⁷³ Em sentença prolatada em 1923, o Tribunal Superior da Alemanha apreciava a distribuição dos prejuízos em caso de inflação, decidindo que as partes são ao mesmo tempo credor e devedor e, por isso, ambas devem arcar com os prejuízos ocasionados pela inflação. RGZ 107, 78 e 87 e s., apud HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales Del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 90.

²⁷⁴ VELANCOSO, Luz Maria Martínez. Ob. cit. p. 35. Texto traduzido do espanhol. Original: "1. Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. 2. Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. 3. Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung."

sua extinção. Velencoso²⁷⁵ traça alguns requisitos inerentes ao instituto da quebra da base negocial:

1. É necessário que se produza uma modificação de alguma circunstância que seja parte do conteúdo do negócio.
2. Inexistência de previsão expressa no contrato acerca da distribuição dos riscos e que não seja possível sua determinação por meio da interpretação integradora do contrato ou da aplicação de normas contratuais típicas.
3. Perturbação do equilíbrio das prestações (...) sempre que a maior onerosidade no cumprimento seja inexigível.
4. A imprevisibilidade também exerce papel muito importante na doutrina da base do negócio. (...) Esse requisito se realiza em todos aqueles casos em que uma pessoa razoável, dentro do âmbito negocial de que se trate, mediante o emprego de meios exigíveis, não teria podido prever a possibilidade do desequilíbrio contratual.

O que se nota, portanto, é que a imprevisibilidade deixou de ser pressuposto essencial para a caracterização da base objetiva do negócio jurídico. Com efeito, é possível apontar duas consequências jurídicas decorrentes da quebra da base do negócio jurídico.

A primeira consequência da quebra da base negocial advém do fato de que, se em um contrato bilateral, a equivalência das prestações não mais existir, de forma imprevisível e pela superveniência das condições que alteraram de sobremaneira o estado de fato (conjuntura econômica), aquele que se sentir demasiadamente prejudicado pode pleitear a adequação de sua contraprestação, ora desproporcional, dando ensejo à equivalência das prestações e harmonização da base jurídica do negócio. Essa solução encontra ressonância no princípio da manutenção dos contratos.

A segunda hipótese de quebra da base objetiva do negócio jurídico direciona para a extinção da relação contratual se a finalidade do contrato for frustrada e não

²⁷⁵ VELENCOSO, Luz Maria Martínéz. Ob. cit. p. 36/37.

atingida por motivos alheios ao credor, tornando a prestação inútil. Isso porque há casos em que a revisão somente será adequada se houver, para as partes, a intenção de manter o contrato, hipótese na qual a prestação ainda possuirá utilidade, desde que não frustrada a finalidade da avença.

É de se concluir, dessa maneira, que a teoria da base do negócio jurídico encontra-se positivada no ordenamento alemão para preconizar a revisão judicial de contratos para a retomada da estruturação econômico-social em caso de eventual abalo por hipóteses não consideradas pelos contratantes quando da celebração da avença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, a presente dissertação, sem a pretensão de esgotar o tema, procurou justificar cientificamente que, nos dias atuais, a revisão judicial de contratos de cessão de crédito decorrentes de precatórios é medida que se impõe, não pela aplicação da Teoria da Imprevisão, mas sim por força da função social e dos demais princípios inseridos no sistema aberto de direito civil, norteador dos valores constitucionais, no sentido de zelar pelo equilíbrio contratual.

O Direito civil avançou ao longo do tempo. Ou seja, o centro que merece ser tutelado pelo ordenamento jurídico deixou de ser o patrimônio e, por consequência, colocou o indivíduo no foco principal. O direito passou a valorizar virtudes como a dignidade da pessoa humana, solidariedade, justiça contratual e boa-fé, funcionalizando os atos jurídicos. Com efeito, nessa nova ordem, para que sejam considerados esses valores com ponderação, o Estado-juiz tem por dever intervir nas relações entre particulares não mais para aplicar a lei pura e simplesmente, mas além disso, sopesar os valores existentes no negócio sob análise para, assim, aplicar a justiça com solidariedade, ampliando o ângulo de abrangência para assegurar o direito não apenas às partes, mas aos contratantes e dentro de um contexto social. Revisar é uma possibilidade de salvamento do negócio jurídico pelo reequilíbrio contratual, garantindo-se os frutos socioeconômicos que nascem do pacto e se estendem além da vontade das partes, beneficiando a sociedade em geral.

Com efeito, não se pode deixar de lado as vitórias conquistadas ao longo do tempo. É que a constitucionalização do Direito civil, nesse contexto de revisar os contratos e manter o equilíbrio da avença, merece especial atenção. Não se nega o papel constitucional, que passou a ter uma visão mais ampla, desvinculando-se da mera estruturação do Estado. Pelo contrário, privilegia-se a inserção, no seio constitucional, de princípios fundamentais, trazidos pelo Direito civil, que influenciam na eficácia das relações entre particulares.

O Código Civil, nesse contexto, opera importante função participativa intermediária entre a Constituição e os microssistemas, especialmente porque há regras gerais que nem sempre são reguladas pelas leis especiais, as quais são amparadas pelo Diploma Material civil. Corolário dessa importância é a aplicação das cláusulas gerais, que permitem a revisão judicial quando necessária, pela existência e consagração de um sistema aberto, capaz de assegurar os instrumentos necessários para a manutenção do pacto em bases equidistantes.

Isso porque, com razoabilidade, é salutar, nos dias atuais, a intervenção estatal nas relações privadas, com parcimônia e moderação, pois o Estado-juiz é detentor de funções promocionais importantíssimas, assegurando, acima de tudo, a dignidade do ser humano e todas as consequências que disso decorrem. Essa atuação estatal contribui para a autonomia privada, delimitando-a em especial através da função social dos contratos e da boa-fé. O dirigismo contratual não fere a ordem pública, cada vez mais interligada com o ordenamento privado, prestigiando a solidariedade social nas relações entre particulares.

Nesse diapasão se encontram os contratos de cessão de crédito, decorrentes do Direito civil, mas que inegavelmente possuem importante papel na sociedade, pois possibilitam a circulação de riquezas. Tais contratos detêm um viés econômico muito forte e, por conta disso, são instrumentos particulares que influenciam diretamente no equilíbrio socioeconômico. Daí porque a simples extinção desse tipo de pacto poderia ocasionar sérios problemas na malha social, abalando consideravelmente o mercado econômico e prejudicando, por via reflexa, além das partes, terceiros de boa-fé.

As consequências de uma extinção pura e simples de um contrato de cessão de crédito encontra reflexos ainda maiores quando tais pactos tem por origem um precatório judicial. Isso porque, na maioria dos casos, tais avenças possuem valores ainda mais vultosos e expressivos, devido ao fato do devedor possuir liquidez quando do pagamento do crédito. Ou seja, o impacto na sociedade de eventual extinção desse tipo contrato poderia ocasionar prejuízos ainda mais graves e severos no sei social. Por isso, privilegia-se a possibilidade de revisão, equacionando-se as bases contratuais, em prol do equilíbrio.

Em uma situação extrema, a título de exemplificação, imagine-se a hipótese do devedor público (Poder Estatal), por razões que não convém justificar, aplicar revisão aos valores já garantidos pelo título executivo, refazendo os cálculos já consagrados anteriormente, os quais teriam servido de parâmetro para a cessão de crédito. Certamente, nessa hipótese, o Estado-juiz deve buscar rever as bases do negócio para reequilibrá-lo, ao invés de pura e simplesmente resolver por extinção relação contratual.

Ou seja, ainda na situação hipotética em análise, se o valor executado oriundo de um certo precatório não for o valor total constante da cessão de crédito realizada, apenas se teria o valor das cessões de crédito como exigível após o pagamento integral do precatório, na medida em que foram estabelecidos valores referenciais quando da cessão.

É que a revisão judicial deve considerar a proporção entre o valor redefinido para o pagamento do precatório, pois apenas com a definição dos valores finais se terá como aferir o valor líquido devido, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da função social, da justiça contratual, da Dignidade Humana, da solidariedade e da boa-fé, aplicáveis diretamente nas relações privadas pelo Poder Judiciário, por força das cláusulas gerais trazidas pelo Código Civil de 2002 ou, ainda, pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Para a revisão judicial dos contratos de cessão de crédito decorrentes de precatórios não é necessária a aplicação dos requisitos da Teoria da Imprevisão. Basta a observância das cláusulas gerais existentes no Diploma Material, em consonância com os princípios da teoria contratual, em especial a função social do contrato, que serve de base para resgatar o equilíbrio entre os contratantes. Nos dias atuais, não se fala mais em fatos imprevisíveis e extraordinários (requisitos da imprevisão), pois a Teoria da Imprevisão justificou-se num dado contexto histórico, em decorrência de grandes problemas econômicos existentes na Europa imediatamente após a primeira Grande Guerra Mundial.

Para a revisão de um contrato de cessão de crédito oriundo de precatório, portanto, basta apenas que a base do negócio jurídico seja alterada. Isto é, para conservar a eficiência contratual, a situação de fato deve ser preservada como no início da contratação.

A teoria da pressuposição adquire relevo na medida em que foi precursora da teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico. Partindo da pressuposição, Karl Larenz sistematizou a teoria da base do negócio jurídico, traçando duas acepções. A primeira é a subjetiva, pois a representação mental influi na criação dos motivos do negócio jurídico. A segunda acepção é a objetiva, caracterizada por condições econômicas que delimitam o contrato, pois o contexto socioeconômico amolda os contornos contratuais. O equilíbrio contratual está ligado, portanto, ao corpo social.

A teoria da quebra da base do negócio jurídico traduz com maior facilidade a revisão dos contratos de cessão de crédito decorrentes de precatórios, pela modificação das condições existentes, pois não mais exige a imprevisibilidade do fato gerador do desequilíbrio.

Caracterizam a quebra da base do negócio jurídico duas situações: a destruição da relação de equivalência e a frustração da finalidade contratual. Em relação a primeira, frise-se que as relações contratuais devem ser condizentes com a justiça compensatória, ou seja, com a distribuição equânime de riscos e responsabilidades inerentes ao acordo. Isso porque quando a simbiose entre uma das partes se alterar a ponto de ferir a proporcionalidade, esse fato poderá atentar contra a boa-fé. Quanto ao segundo aspecto, a frustração da finalidade contratual apenas interfere na avença quando afetar a finalidade comum entre as partes (finalidade objetiva do contrato).

Como consequência jurídica da quebra da base do negócio jurídico, destaca-se a ligação com o princípio da boa-fé, pois a manutenção do vínculo deve guiar ambas as partes (finalidade objetiva do negócio). O princípio da manutenção dos contratos serve de baliza para nortear a equivalência das prestações e harmonização da base jurídica do negócio. No mais, a manutenção do vínculo deverá ser vantajosa à todas

as partes contratantes, as quais devem preferir a revisão objetivando a utilidade e a finalidade da avença.

Em conclusão, a regra é no sentido de que os contratos devem ser cumpridos e a revisão judicial busca a possibilidade de adimplemento equilibrado. A interferência estatal por meio da revisão judicial dos contratos de cessão de crédito decorrentes de precatórios deve assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das transações entre as partes. Isso porque, no mesmo sentido, tem por finalidade evitar o enriquecimento sem causa ou o abuso de direito por desvio de finalidade econômico-social.

BIBLIOGRAFIA

AFRICANO, Digesto, Livro XLVI, título II, fragmento 38 (livro 7 – *Quaestionum*).

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALOY, Antoni Vaquer (Org.) *Bases de um Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant ló blanch, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ANDRADE, Manuel Antônio Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: fato jurídico, em especial, negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da teoria da imprevisão. *Revista do Advogado*, 116. Junho de 2012.

_____. *Código Civil comentado* (art. 104 a 188), São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: [s.e.] 1986.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BELIVÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil, RT 97, setembro de 1935. In: LOTUFO, Renan. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 768, out/1999.

_____. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves. v. 4, 1955.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Vol. IV, Rio de Janeiro, Editora Paulo de Azevedo, 11ª edição, 1958.

_____. *Código civil anotado*. v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BESSONE, Mario. *Adempimento e Rischio Contrattuale*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1998.

BETTI, Emilio. *Teoria geral dos negócios jurídicos*. Coimbra: Coimbra 1969, t. 1.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BORGES. Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Tartuce, Flávio (Org). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

BRAZ, Petrônio. *Tratado de Direito Administrativo – Direito administrativo e Direito Municipal*. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2006.

BRITO, Rodrigo Toscano. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Tartuce, Flávio (Org). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de Crédito*. São Paulo: Atlas, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5ª ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUSSATA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação dos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Tartuce, Flávio (Org). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO apud GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) et al. *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos Direitos Fundamentais na ordem-jurídica civil no contexto do Direito pós- moderno. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

CLAUS–Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.

COUTO E SILVA, Clovis do. A teoria da base do negócio jurídico. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na perspectiva de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CUNHA, Fernando Whitaker da. Direito Civil constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2010.

CUNHA, Leonardo J. C. da C. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 3. *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Código civil anotado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Temas Atuais de Direito – A complementação de lacunas no Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 2000.

_____. *Constituição e Estado Social: Os Obstáculos à Concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2008.

FEERICO, Savigny, *Sistema del Derecho Romano actual*, 2ª ed. Trad. de Jacinto Mesia e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1950.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas – Aulas ministradas nos dias 12, 14 e 16/03/73*, Apostila do “Curso de Extensão Universitária” da Associação dos Advogados de São Paulo. Em apontamentos de Marco Antônio Striquer Soares na REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano I, nº1 (web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-17.pdf).

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. Imprensa Nacional, 1943.

FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.

FRANCO, Fernão B. *Execução em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2003.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2004.

GEORGES, Ripert. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

GIUSEPPE, Auletta e NICCOLÒ Salanito: *Diritto Commerciale*. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito Civil Brasileiro – v. 3 - Contratos e Atos Unilaterais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUARNERI, Attilio. *L'Ordine Pubblico e Il Sistema delle Fonti del Diritto Civile*. Cedam – Padova, 1974.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In: *Revista do Advogado* n. 68, p. 86, dezembro de 2002, da Associação dos Advogados de São Paulo.

JUNIOR, R. R. de A. *A boa-fé na relação de consumo*. In: *Revista de direito do consumidor*, nº 14, p. 20-32. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1995.

KARL, Larenz. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LAFER, Celso. *Internacionalização dos Direitos Humanos. A Constituição, racismo e relações internacionais*. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte General*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LARROUSE. *Grande Enciclopédia Larousse Cultura*. v. 7. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

LENEL, apud MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha de. *Da boa-fé no Direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999.

_____. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 99-110, 1999.

LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. Fonte das obrigações: contratos. 4ª ed. v. 03. 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan. Em aula expositiva ministrada no dia 26.09.2011 (tema: Direito da Personalidade) aos alunos do Mestrado em Direito Civil, cadeira de *Direito Civil Constitucional*, PUC/SP.

_____. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 768, out/1999.

_____. *Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Código Civil Comentado*. v. 2. Obrigações, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula rebus sic stantibus. In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. v. 15, 1977.

MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. v. III, T. II, Campinas-SP: Russell, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. T.3.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*. 1ª parte, 34ª ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil*. 14ª ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999, p. 86.

_____. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº1, 2ª ed., jul-dez 1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

M. WALINE. *Droit Administratif*. 9ª ed. nº 1.037, Paris: Sirey, 1963.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Fundamentos para a interpretação constitucional da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY, Nelson Junior e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil e legislação extravagante*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, Antonio José de Mattos. A cláusula 'rebus sic stantibus' e a cláusula de escala móvel. *Revista de direito civil*, 63:87-108.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org). *Diálogos sobre direito civil: Construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula 'rebus sic stantibus' através dos tempos*. Belo Horizonte, 1968.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Bras. Maria Cristina de Cicco (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional, obra traduzida em 1997 por Maria Cristina De Cicco.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 11ª ed. atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 3ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Lesão nos contratos bilaterais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. v. 25. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. O novo Código Civil, encarte da *Revista Problemas Brasileiros* nº 353, setembro/outubro de 2002.

_____. *Visão geral do projeto de código civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 752, jun. 1998.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Código civil comentado*. 6ª ed. Ricardo Fiúza e Regina beatriz Tavares da Silva (Coord). São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, J. de S. *Constitucionalização do direito civil*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV (separata). Coimbra: 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e declarações de vontade*. 9ª ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1980.

ROSAS, Roberto. *Constituição e direito civil*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 17, 2º semestre, 1999.

SANZ, Espert apud PRADERA, Lis-Paula San Miguel. *La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea*. In: ESPIAU.

SIDOU, J. M. Othon. *Resolução judicial dos contratos e contrato de adesão no direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Adelphino Teixeira da. *Iniciação à economia*. São Paulo: Atlas, 2000.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Diálogos sobre direito civil: Construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo (Coord). *A parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WINDSHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlos Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico Torinese, 1902, v. 1.

WINDCHEID apud MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.