

Equilíbrio das prestações: recuperação da base objetiva dos contratos



O contrato não é estático, mas dinâmico, assim como a

relação obrigacional (na asserção memorável de Clóvis do Couto e Silva, a obrigação como processo¹).

A ideia de *base objetiva* tem forte significado diante de um quadro de alteração radical de circunstâncias. Se já não se apresentam mais os mesmos fatos econômicos e sociais, em contraste com os que existiam quando do ajuste, abre-se a perspectiva de recomposição da base do negócio, em busca do retorno a uma posição saudável de equilíbrio contratual.

Em larga escala, a pandemia do novo coronavírus, declarada pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020, pressiona as relações contratuais, sem que se possa, por ora, estimar com nitidez o seu alcance, que pode ser devastador.

A teoria da base objetiva do negócio, desenvolvida por Oertmann², logo após a primeira guerra mundial, e aprimorada por Larenz³, depois da segunda grande guerra, enriqueceu o quadro doutrinário que contava com construções jurídicas anteriores, como a cláusula *rebus sic stantibus*⁴, a teoria da pressuposição⁵ e a teoria da imprevisão⁶.

Ao longo da história da civilização, não tem sido tão raro que “um fato incomum torne impossível a manutenção daquilo que se estabeleceu”, levando as partes à “contingência de adequar regras já definidas às exigências de eventos supervenientes”⁷.

A humanidade experimentou guerras, revoluções, catástrofes naturais, inúmeras epidemias e pandemias. As teorias mencionadas são soluções imaginadas pelos juristas, e por vezes incorporadas à legislação, para lidar com fenômenos de monstruosa envergadura.

Os contratos supõem uma certa estabilidade, sem a qual se descaracterizam e podem ter esvaziada ou exaurida a respectiva força obrigatória⁸. Por *base do negócio* entende-se, de tal maneira, o estado geral de coisas cuja existência ou persistência é objetivamente necessária para que o sinalagma subsista, como regulação dotada de sentido.



A teoria da base objetiva influenciou, de forma decisiva, a norma do § 313 do BGB (com a redação dada pela Lei de Modernização do Direito das Obrigações alemão, de 2001) e o art. 437 do Código Civil português, impulsionando ademais a doutrina e a legislação brasileiras⁹.

O caráter vinculante dos contratos não é mitigado porque lhes falte a moralidade ínsita às promessas que reciprocamente são feitas pelos sujeitos que os celebraram¹⁰: se é verdade que a palavra dada tem um valor moral respeitável e um peso jurídico relevante, não é menos correto que a vontade das partes tenha, há muito tempo, deixado de ser a exclusiva chave hermenêutica para a compreensão do contrato.

O princípio do equilíbrio contratual anima, por um lado, a sempre preferível renegociação, pelas próprias partes, dos termos avençados. Por outro lado, abre a via judicial, conducente à revisão do negócio ou à sua extinção.

A resolução, como modalidade de extinção do vínculo, é evidenciada pelo art. 478 do Código Civil brasileiro, diante de fatos supervenientes que tenham colaborado com feição marcante para a quebra do equilíbrio das prestações das partes. Por isso, tem-se que a comutatividade é a regra, conquanto qualquer álea anormal não seria presumível.

Para evitar a resolução, a lei prevê, como remédio, que o credor ofereça a modificação equitativa das condições do contrato (Código Civil, art. 479).

A *resolução*, contudo, é medida extremada, tornando mais sensato, mesmo quando o credor não aquiesça¹¹, promover-se a *revisão* do que fora pactuado. Bem antes do Código Civil de 2002, os princípios da boa-fé e da conservação dos negócios já iluminavam a orientação colhida pelo Código de Defesa do Consumidor e de bom grado aceita pela jurisprudência também para os contratos civis e empresariais, ao estipular “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V).

Note-se que a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 2019) não eliminou a possibilidade de revisão, a despeito de ter coarctado sua incidência, no contexto de ingerência estatal mínima sobre os negócios. O art. 421 do Código Civil recebeu o acréscimo de um parágrafo único, com a seguinte redação: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Ao indesejável risco da resolução, como expediente que, não obstante, permanece em vigor, acrescente-se o apego, de parte da literatura jurídica brasileira, a uma concepção de imprevisão de perfil subjetivista, que não é a melhor construção a que se pode chegar sob a égide do princípio do equilíbrio entre as partes. O que sustenta a revisão do contrato não é o caráter imprevisível dos fatos supervenientes que venham a atingir a base do negócio, mas a necessidade elementar de se manter a paridade entre os contratantes.



Essa vertente da teoria da imprevisão se revela insuficiente, dado o voluntarismo psicológico de que é infiltrada, e resulta inapta a fornecer respostas para problemas como a excessiva dificuldade da prestação e a frustração dos fins do contrato.

O critério da anormalidade da alteração de circunstâncias se afigura mais apropriado que o da imprevisibilidade, permitindo, razoavelmente, conjugado com a boa-fé, fundamentar a resolução ou a revisão do contrato^{[12](#)}.

Dado que o equilíbrio contratual remete à igualdade^{[13](#)}, a resolução ou a revisão do contrato em razão da alteração grave de circunstâncias são expressões de uma exigência fundamental do ordenamento. A paridade é a *ratio* que enseja a proporcionalidade nas relações contratuais privadas.

É imperativo ter em conta, todavia, que a atuação judicial sobre os contratos, quando açodada, em vez de reequilibrar os sujeitos envolvidos, pode gerar ainda maior desequilíbrio, além de romper a segurança jurídica. Têm-se visto, desde a eclosão da pandemia, algumas decisões judiciais que, embora a pretexto de salvaguardar valores caros ao ordenamento, como a dignidade da pessoa humana^{[14](#)}, suscitam intercorrências potencialmente desastrosas, em curto, médio e longo prazos, ao tutelar uma das partes, mas à custa do aniquilamento da outra.

A pandemia não é sectária, não se atendo a prejudicar apenas uma das partes, de tal modo que a atuação estatal não há de perder de vista a habitual bilateralidade do contrato, a dependência recíproca das prestações.

As relações jurídicas em que haja um sujeito protegido em especial, como o consumidor, ostentam um perfil diferenciado, fazendo sentido que a lei nacional estabeleça, por ora, alguma espécie de mecanismo transitório, como, por exemplo, uma exceção dilatória^{[15](#)} em vista de eventual mora do devedor.

Entretanto, no campo dos contratos do direito comum, de natureza civil e empresarial, a pressa legislativa, politicamente oportunista, no calor dos acontecimentos, pode ser ruína. Na esfera federal, ressalve-se, tramita o Projeto de Lei nº 1.179, de 2020, com alicerces doutrinários idôneos. Por sua vez, nos níveis estadual e municipal da federação brasileira, têm sido editadas deletérias leis de ocasião que, com frequência, nascem inconstitucionais.

Posto que a base do negócio, como qualquer outra teoria, não seja isenta de críticas^{[16](#)}, representa uma fórmula maleável e adaptável a uma variedade incontável de situações práticas, que o legislador não teria como esgotar.

A atuação judicial precisa ser bastante prudente, de preferência *a posteriori* da pandemia, para resguardar e oportunamente restaurar, com o imperioso amadurecimento dos fatos, a comutatividade contratual.



Enquanto não é sequer possível medir a intensidade e a duração da crise sanitária, que pode se prolongar por vários meses, havendo tantas indefinições e grandes desafios, não parece aconselhável redesenhar relações obrigacionais, sobretudo para afastar o cumprimento de prestações que não tenham objetivamente deixado de ser exequíveis, sem embargo de seu exame percutiente no porvir.

Assim como os seres humanos, os contratos não são imortais. Como escreveu Carnelutti, “a experiência de sua mortalidade é o valor da crise”¹⁷. Que as pessoas sobrevivam e que os contratos subsistam, é o que se espera.

Esta coluna é produzida com a colaboração dos programas de pós-graduação em Direito do Brasil e destina-se a publicar materiais de divulgação de pesquisas ou estudos relacionados à pandemia do Coronavírus (Covid-19).

¹ “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 20.

² OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*. Leipzig: Deichert, 1921. Para esse autor, a base do negócio denota a representação de uma das partes, reconhecida e não contestada pela outra, ou a representação comum às partes, sobre a presença de certas circunstâncias tidas como fundamentais para a formação da vontade.

³ LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht*. München: Beck, 1951. O jurista difere a base subjetiva e a base objetiva do negócio. Enquanto a primeira abrange as representações mentais sobre as quais as partes concluíram o acordo, a segunda traduz as circunstâncias pressupostas, mesmo sem que delas tenham as partes consciência, tais como a manutenção da legislação ou de determinado sistema econômico. Dissipa-se a base objetiva do negócio quando há uma perturbação na equivalência das prestações ou uma frustração do escopo do contrato.

⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 579 e seguintes.

⁵ A pressuposição corresponderia a uma condição não desenvolvida, isto é, não expressa, mas da qual os contratantes fariam depender a validade da sua estipulação. WINDSCHEID, Bernhard. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1850, p. 3.

⁶ Para um bem construído estudo histórico, veja-se: RODRIGUES Junior, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32 e seguintes.



[7](#) BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

[8](#) “No sentido de base objetiva do negócio (isto é, de que o negócio jurídico, segundo o conceito imanente de justiça comutativa, supõe a coexistência de uma série de circunstâncias econômicas, sem as quais ele se descaracteriza), sem dúvida alguma vige e é utilizável em nosso direito. Nesse sentido, escreve Siebert, desaparece a base do negócio jurídico, quando a relação de equiponderância entre prestação e contraprestação se deteriora em tão grande medida, que de todo modo compreensível não se pode mais falar de ‘contraprestação’ (teoria da equivalência)”. COUTO E SILVA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 108.

[9](#) KHAYAT, Gabriel; SAAD, Gustavo. O necessário estudo do art. 437 do Código Civil português. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 99, p. 240, mar./abr. 2019.

[10](#) ATIYAH, Patrick. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon, 2000, p. 731.

[11](#) Em corajoso sentido minoritário, a defender, à luz do art. 479 do Código Civil, que é somente do credor a legitimidade para postular a modificação do contrato afetado pela excessiva onerosidade superveniente, vide: MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 71 e seguintes.

[12](#) “Portanto, dispensa-se a imprevisibilidade nos casos em que a boa-fé obrigaria a outra parte a aceitar que o contrato ficasse dependente da manutenção da circunstância alterada”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 304.

[13](#) Nos dois sentidos de “princípio da igualdade perante a lei contratual” e de “princípio de equivalência na economia geral do contrato”. BERTHIAU, Denis. *Le principe d’égalité et le droit civil des contrats*. Paris: LGDJ, 1999, p. 13.

[14](#) A dignidade da pessoa humana deixou, lastimosamente, de expressar a essência do *ser* (na acepção em que a filosofia kantiana distingue as pessoas das coisas), como fundamento para a proteção das situações subjetivas existenciais, para se tornar, em vez disso, um elemento do discurso legitimador das decisões judiciais, quaisquer que sejam elas. Constituiu-se, assim, uma caricatura inigualável, engendradora a suprir debilidades argumentativas. Seja consentido remeter a: MATTIETTO, Leonardo. Estado de direito, jurisdição e dignidade humana. *Lex humana*, Petrópolis, v. 11, n. 1, p. 97-109, jan./jun. 2019.

[15](#) A providência seria inspirada na lei alemã de mitigação das consequências da pandemia (*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*), de 27 de março de 2020. Para a defesa de sua implantação no direito brasileiro, vide: MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa Costa. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de covid-19. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, p. 1-23, maio/jun. 2020.



[16](#) CORDEIRO, António Menezes. *Da alteração das circunstâncias*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1987, p. 30.

[17](#) CARNELUTTI, Francesco. La morte del diritto. In: *La crisi del diritto*. Padova: CEDAM, 1953, p. 183.

Date Created

10/05/2020