

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

RICARDO BAZZANEZE

**A CRISE ECONÔMICA E A REVISÃO DE CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS
POR ONEROSIDADE EXCESSIVA**

CURITIBA

2018

RICARDO BAZZANEZE

**A CRISE ECONÔMICA E A REVISÃO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS
POR ONEROSIDADE EXCESSIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves

Área de Concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento

Linha de Pesquisa: Estado, Economia e Desenvolvimento

CURITIBA

2018

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB 9 / 1636

B362c
2018

Bazzaneze, Ricardo
A crise econômica e a revisão dos contratos interempresariais por onerosidade excessiva / Ricardo Bazzaneze ; orientador, Oksandro Osdival Gonçalves. – 2018
149 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.
Bibliografia: f. 134-149

1. Contratos. 2. Direito comercial. 3. Crise econômica. 4. Revisão judicial.
I. Gonçalves, Oksandro Osdival. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 342.24

RICARDO BAZZANEZE

**A CRISE ECONÔMICA E A REVISÃO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS
POR ONEROSIDADE EXCESSIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (orientador)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Ricardo Lupion
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Curitiba, 28 de fevereiro de 2018.

AGRADECIMENTOS

O mestrado foi uma jornada de amadurecimento inimaginável, uma longa caminhada, e este é mais um passo em busca da liberdade que só o conhecimento pode promover.

Agradeço aos meus pais, Nelson e Silvia, à minha irmã Thaís e à minha esposa, Bruna, que nos últimos 11 anos me acompanha em todos os desafios.

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, aos professores e colaboradores, na pessoa do orientador deste trabalho, Prof. Dr. Oksandro Gonçalves, de quem fui aluno na graduação e especialização, pelo apoio e incentivo de sempre.

RESUMO

Os contratos interempresariais se submetem a uma dinâmica própria, que deverá ser considerada para a celebração dos negócios, e servem para garantir o fluxo econômico, já que regulam o comportamento das partes. Presumindo-se a igualdade de condições e o profissionalismo do agente, cabe a cada parte analisar o escopo contratual e, se desejarem, assumir o risco da contratação. Discute-se a possibilidade de o contrato ser revisto após sua celebração em razão da superveniente onerosidade excessiva decorrente de um evento imprevisível, no caso, a crise econômica. Para esta verificação, partiu-se, pelo método de dedutivo, das ferramentas da Análise Econômica do Direito, sobretudo a ponderação entre eficiência, racionalidade limitada e custos de transação, falhas de mercado e incompletude contratual. Com a teoria da onerosidade excessiva positivada nos artigos 478 a 480 do Código Civil, demonstram-se os requisitos para aplicação do instituto. Após identificar o conceito de crise econômica, comparou-se a aplicação da teoria nos últimos anos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro e português. Por fim, constatou-se a possibilidade de revisão dos contratos interempresariais. Apesar da vacilante jurisprudência brasileira, demonstrou-se que as crises econômicas possuem a capacidade de alterar as circunstâncias do contrato e também a impossibilidade de o agente econômico fazer uma previsão de todas as contingências, restando sempre um contrato incompleto. No entanto, apurou-se que a crise econômica por si só não é capaz de alterar as bases do contrato. A única forma de abalar o *pacta sunt servanda* é se restar comprovada a relação entre a crise econômica, a atividade desenvolvida pela parte e a onerosidade das obrigações assumidas. Judicialmente, se verificados os requisitos, a modificação deve dar-se apenas no plano financeiro, sem a criação de novos clausulados, sob pena de gerar uma insegurança jurídica prejudicial ao tráfego comercial.

Palavras-chave: Contratos Interempresariais; Crise Econômica; Revisão Judicial; Onerosidade Excessiva; Análise Econômica do Direito

ABSTRACT

Commutative contracts are subject to their own dynamics, which should be considered in business agreements, and serve to ensure the economic flow since they regulate the behavior of the parties. On an equal footing and in a professional manner, it is up to each party to analyze the contractual scope and, should they wish, take the risk of contracting. This paper discusses the possibility of modifying or revising said contracts after they are entered into on the grounds of excessive onerousness arising from an unpredictable event, in this case, the economic crisis. Using the deductive method, the investigation was based on the Economic Analysis of Law, especially the weighting of efficiency, limited rationality and transaction costs, market failures and contractual incompleteness. Since excessive onerousness is provided for in Articles 478-480 of the Brazilian Civil Code, this study presents the requirements for application of said theory. After identifying the concept of economic crisis, a comparison was made between the application of the theory in jurisprudence in recent years in Brazil and Portugal by their Superior Courts of Justice. Finally, the possibility of modification (or revision) of commutative contracts was confirmed. Despite the faltering Brazilian jurisprudence, it was demonstrated that economic crises have the ability to change the circumstances of the contract and also that it is impossible for economic agents to foresee all contingencies, which always results in incomplete contracts. However, it was found that the economic crisis alone is not able to change the basis of the contract. The only way to shake *pacta sunt servanda* is if the relationship between the economic crisis, the activity developed by the party and the onerousness of the obligations undertaken is proved. Judicially, should the requirements be satisfied, the modification shall only be in the contract's financial terms. No new clauses can be added that could cause legal insecurity, harmful to trade flows.

Keywords: Commutative Contracts; Economic Crisis; Judicial Contract Modification (or Review); Excessive Onerousness; Economic Analysis of Law

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Cronologia Trimestral do Ciclo de Negócios Brasileiros.....	87
--	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS	12
2.1 A FUNÇÃO ECONÔMICA (LUCRO) E SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE.....	16
2.2 A BOA-FÉ OBJETIVA E O PROFISSIONALISMO NOS NEGÓCIOS INTEREMPRESARIAIS.....	20
2.3 O ELEMENTO RISCO E A ÁLEA NORMAL DOS CONTRATOS	23
2.4 A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO INTEREMPRESARIAL.....	28
3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS	33
3.1 A EFICIÊNCIA NOS CONTRATOS.....	33
3.2 RACIONALIDADE LIMITADA.....	37
3.3 CUSTOS DE TRANSAÇÃO	41
3.4 FALHAS DE MERCADO	43
3.4.1 Assimetria de informação	44
3.4.2 Oportunismo – <i>Hold up</i> e <i>Hold out</i>	49
3.4.3 Externalidades.....	51
3.5 INCOMPLETUDE CONTRATUAL.....	55
4 REVISÃO DOS CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA	60
4.1 A MATRIZ ITALIANA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	61
4.2 A REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.....	64
4.3 REQUISITOS PARA ADMISSÃO DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	69
4.3.1 Contrato bilateral ou unilateral oneroso.....	70
4.3.2 Contrato de execução continuada, diferida ou “prolongada”	70
4.3.3 Prestação excessivamente onerosa para uma das partes	72

4.3.4 Vantagem extrema para a outra parte.....	74
4.3.5 Evento extraordinário e imprevisível.....	76
4.3.6 Evento extraordinário não pode ser imputado ao contratante	79
4.3.7 A ausência da mora do devedor.....	81
4.4 A CRISE ECONÔMICA.....	82
4.5 A IMPREVISIBILIDADE DA CRISE E A POSSÍVEL ONEROSIDADE COMO CONSEQUÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS	89
5 A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS	100
5.1 SOLUÇÕES PARA A ONEROSIDADE: RENEGOCIAÇÃO E O PAPEL DO JULGADOR.....	108
5.1.1 A renegociação e os ganhos de cooperação	109
5.1.2 Obrigações legais envolvendo a renegociação	113
5.1.3 O papel do julgador e os limites da modificação	116
5.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO SOBRE A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA EM CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS ENTRE 2010 E 2017	121
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
ANEXO I – PESQUISA JURISPRUDENCIAL – TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	130
ANEXO II – PESQUISA JURISPRUDENCIAL – ONEROSIDADE EXCESSIVA E CRISE ECONÔMICA	132
REFERÊNCIAS.....	134

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 aderiu ao modelo de Estado Social e, no âmbito dos contratos, determinou a superação do interesse individual para o interesse coletivo, em uma ordem harmônica em prol do desenvolvimento econômico e social. Com este espírito, entrou em vigência o Código Civil de 2002: um direito mais humanizado, que permitia a interferência do Estado por meio de legislação específica, protegendo a parte mais fraca e minimizando as desigualdades, para corresponder aos ditames de uma justiça social e distributiva e a garantir uma vida digna para todos.

As relações empresariais restaram incluídas no Código Civil de 2002; no entanto, seguindo o exemplo das relações consumeristas, os contratos interempresariais se submetem à uma dinâmica própria que deverá ser considerada na celebração de negócios empresariais.

A empresa é uma peça-chave para o desenvolvimento econômico e social. Sua função social está tanto no objetivo de buscar o lucro para remunerar o capital investido pelos sócios quanto no desenvolvimento da economia. Para isto, os contratos serão o instrumento por meios dos quais se dará o fluxo econômico.

Diferentemente das relações puramente civis, nos contratos interempresariais presume-se que os sujeitos sejam profissionais e estejam em igualdade de condições, tendo (ou devendo ter) ciência de todos os riscos envolvidos na negociação e podendo calcular e prever os resultados pretendidos. Este comportamento singular é tencionado pelo mercado, pois permite o incremento do tráfego comercial com maior projeção econômica. Assim, na atividade empresária os contratos interempresariais são pautados por uma lógica própria, visando à obtenção de vantagem econômica representada pelo lucro.

Não obstante, a busca do escopo lucrativo não poderá ocorrer de maneira absoluta e irrestrita; ao contrário, o direito impõe o reconhecimento da função social para a empresa, superando o viés individualista para serem observados os efeitos produzidos em relação ao todo. Desse modo, os contratos devem atender valores maiores da Constituição Federal, como, por exemplo, o desenvolvimento econômico e social. Assim, segundo a função social desempenhada pelo contrato, tem-se a possibilidade de revisão quando este estiver em risco, como, por exemplo, em razão de um evento imprevisível e extraordinário que cause onerosidade excessiva da

prestação, respeitando sempre a lógica empresarial e o viés econômico da atividade empresária, sob pena de comprometer o fluxo mercantil.

A possibilidade de revisão pode provocar uma insegurança e aumentar os custos de transação das relações contratuais, deste modo, para a análise da relação contratual e do funcionamento do mercado, busca-se fundamento na Análise Econômica do Direito (AED), que define a eficiência das relações econômicas e a maximização do bem-estar de forma global, sem olvidar a lógica dos contratos interempresariais necessária ao desejado tráfego comercial.

Pelo instrumental da AED, revela-se que as partes possuem racionalidade limitada para estabelecer as bases contratuais em razão da impossibilidade de contingenciar todos os eventos que circundam os contratos, baseando sua escolha em realidades objetivas. Outra relevante constatação é a presença e influência dos custos de transação nas operações de troca, de modo que as partes buscam o resultado mais eficiente pelo menor custo possível. Além disto, as falhas de mercado, sobretudo as externalidades, também se encontram presentes nos contratos interempresariais, influenciando os resultados iniciais pretendidos pelas partes.

Também pela AED verifica-se que, por maior que seja a busca pela elaboração de um pacto integral e definitivo, com a previsão de todos os riscos, este será incompleto. Isto ocorre em razão dos inúmeros eventos que podem influenciá-lo ou até mesmo impedir-lhe a regularidade, dentre os quais está a crise econômica e as consequentes externalidades dentro da relação contratual. Nestas hipóteses, a partir da permissão legislativa do Código Civil, disposta nos artigos 478 a 480, a presença de fator imprevisível e de grande impacto no objeto contratual gerando excessiva onerosidade na obrigação contratual autoriza as partes a socorrerem-se junto ao Poder Judiciário com o intuito de resolver ou revisar os termos do sinalagma.

Assim, pelo método dedutivo, estuda-se a legislação, doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro comparada à do Superior Tribunal de Justiça português para detectar o conceito da crise econômica e se este evento pode ser considerado imprevisível e extraordinário de modo a autorizar a revisão contratual. Toma-se Portugal como referência em razão da proximidade legislativa acerca da onerosidade excessiva e também pela crise econômica vivenciada por esse país entre 2009-2014, similar à crise econômica brasileira ocorrida entre 2014-2016, que apresenta reflexos até os dias de hoje.

Uma vez confirmada a hipótese de investigação, detém-se na análise da doutrina e jurisprudência acerca da aderência dos artigos 478 a 480 do Código Civil aos contratos interempresariais, bem como quais são os elementos considerados para permissão do ato revisional. Sendo possível, busca-se delinear os limites de atuação do Poder Judiciário para intervenção dentro dos termos do clausulado original e restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro.

Ao final, a partir da teoria do contrato incompleto, foi possível identificar na crise econômica um evento imprevisível e extraordinário capaz de afetar o equilíbrio contratual inicial. No entanto, paradoxalmente, a crise por si só não é suficiente para autorizar a revisão contratual, sendo necessária a presença dos demais requisitos legislativos, sobretudo o nexo entre a crise (evento imprevisível) e a onerosidade excessiva da prestação.

Além disto, na linha do que tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, também confirma-se a possibilidade de revisão dos contratos interempresariais, desde que respeitada sua dinâmica e, sobretudo, a cobertura dos riscos passíveis de afetar sua álea normal.

2 OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Os contratos são os instrumentos que garantem o processo de troca, o fluxo econômico e o desenvolvimento econômico-social¹, sendo negócio jurídico bilateral ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea de modo a satisfazer os interesses acordados, ou seja, o negócio “cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”².

Tecnicamente, o contrato é espécie de negócio jurídico e traduz-se como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”³.

Na visão econômica, “os arranjos contratuais que se estabelecem entre indivíduos que querem colaborar são não apenas o cimento da coesão social e da divisão coletiva de tarefas, mas são também o veículo através do qual os indivíduos coordenam livremente as condutas nas quais se traduz a atividade econômica”⁴.

Na esfera mercantil, o contrato identifica-se com as operações realizadas pelos empresários e que são corporificadas por meio dele. Assim, o contrato identifica qualquer maneira de coordenar as transações ou, ainda, todas as relações que criam vínculo de interdependência entre os sujeitos da relação comercial⁵. Tem por objeto servir de instrumento para a circulação de riquezas que permeia toda a atividade empresarial, colaborando para seu desenvolvimento eficaz, mediante disciplina privada que busca a harmonização de interesses privados e disponíveis, negociados dentro dos limites da lei, do mercado e da prática corrente⁶.

O mercado é um emaranhado de relações contratuais tecido pelos agentes econômicos, pelas empresas e pelos resultados de tais interações⁷. Em outras

¹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

² GOMES, Orlando. **Contratos**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 16.

³ AZEVEDO, Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

⁵ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-27.

⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

⁷ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 21.

palavras, baseia-se em trocas que podem vir à luz a partir da celebração de contratos, que nascem do e no mercado⁸. O fluxo das relações econômicas exige a garantia da execução dos contratos para que se evite ou minimize qualquer comportamento oportunista de partes com interesses puramente egoísticos.

Assim, os contratos devem ser vistos como instrumentos maximizadores do bem-estar, pois cada um deles espelha uma transação de duas ou mais partes com interesses contrapostos e objetivos complementares com uma troca, que, por sua vez, pode ser feita em duas modalidades, numa redistributiva ou competitiva, não ocorrendo um incremento de bem-estar total, portanto, de soma zero e outra produtiva e solucionadora, com as partes acordando em preços objetivos de mercado ou em outros pontos legalmente predispostos, partilhando o incremento de valor representado pela transferência do recurso para a parte mais predisposta a pagar por ele, portanto, com soma positiva, ressaltando que se encontram dispostas a comunicar qualquer intercorrência que possa advir desta relação⁹.

A consequência pragmática é o reconhecimento de que existem escolhas contratuais preferíveis para toda e qualquer circunstância¹⁰, o que vale também para os contratos interempresariais – realizados por empresários no exercício de sua atividade profissional¹¹ –, porque possuem elementos diferentes daqueles presentes nos contratos tradicionais¹². Seu objetivo é de organização, indispensável à prática empresarial¹³, e, para que sejam enquadrados na categoria de contratos comerciais e estejam sujeitos à teoria geral destes, devem possuir as peculiaridades

⁸ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45-46.

¹⁰ **idem**, p. 47.

¹¹ "A prática da atividade empresarial que será instrumentalizada pelos contratos comerciais poderá ser promovida de forma individual (Empresário Individual ou Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI) ou mediante opção por uma organização societária. Nesta segunda hipótese, haverá não apenas a escolha pela conjugação de habilidades e capital de forma a viabilizar a prática empresarial visada, como também a possibilidade de opção por um sistema de organização que permita a limitação da responsabilidade dos sócios, presente também no modelo da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)". *Teoria Geral dos Contratos Empresariais* in COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

¹² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

¹³ **Idem**, p. 30.

empresariais que decorram não apenas de seu conteúdo específico, mas também da função por eles exercida em relação à atividade do empresário¹⁴.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹⁵, para uma obrigação se caracterizar como empresária, é necessária a presença de dois pressupostos: um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O pressuposto subjetivo diz respeito aos sujeitos da relação obrigacional, que devem, como regra, ser partes empresárias, enquanto o pressuposto objetivo se refere à natureza da obrigação, que deve decorrer do exercício da atividade empresarial de ambas as partes.

Não integram os contratos empresariais aqueles realizados no âmbito do direito do consumidor, em que o mesmo empresário ou a sociedade empresária estariam submetidos à lógica específica deste sistema, à legislação própria¹⁶ e à adoção das teorias finalistas¹⁷ ou maximalistas¹⁸. Dentro de um contrato, a parte empresária pode até sofrer um acidente de consumo, ainda assim, esta relação entre as partes e o contrato não será uma relação empresarial em razão da ausência do pressuposto objetivo (natureza da obrigação), pois a parte empresária não se tornará credora em virtude da exploração da sua atividade econômica, mas por sua condição de adquirente final do produto ou serviço¹⁹.

Mesmo com a revogação do Código Comercial de 1850²⁰, a categoria jurídica dos contratos empresariais permanece vigente, devendo prevalecer a atribuição de

¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13.

¹⁶ Código de Defesa do Consumidor: Art. 2º. Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁷ A pessoa jurídica, para ser considerada consumidora, precisa adquirir bens ou serviços a latere de sua atividade empresarial, circunstância fundamental para que seja ela destinatária final e não simplesmente intermediária.

¹⁸ A caracterização da relação de consumo se dá por meio da aquisição ou uso de bem ou serviço na condição de destinatário final de fato, por força de elemento objetivo, qual seja, o ato de consumo. Pouco importa a destinação do bem ou serviço e onde será empregado, por exemplo, na atividade profissional. Como destinatário final, basta que retire o bem da cadeia de consumo, utilizando-o ou exaurindo-o.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-14.

²⁰ O Código Civil brasileiro estruturou-se de forma a afastar a dualidade de tratamento conferido aos contratos a partir de sua natureza de contrato civil ou comercial. Para isso, foram revogadas as normas do Código Comercial que disciplinavam de forma específica algumas categorias de contratos comerciais e foram incorporadas normas principiológicas incidentes sobre a categoria geral dos contratos privados e mantida a disciplina específica de algumas modalidades de contratos privados. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fabio Ulhoa

tratamento especial aos contratos empresariais pois seus efeitos econômicos formam uma barreira material que não permite a comparação com os contratos civis tradicionais. Além disto, a permissão da comparação também encontra vedação Constitucional, já que nenhuma lei pode ignorar a finalidade dos contratos empresariais na ordem econômica²¹.

Destarte, nem todos os contratos empresariais foram contemplados na unificação do direito contratual no Código Civil, como é o caso da franquia e da representação comercial, que permanecem vigentes em legislações especiais²². De qualquer modo, a tentativa de exaustão dos tipos contratuais seria inviável, dada a dinamicidade das relações contratuais.

Assim, considerando a dinâmica empresarial que permanece vigente mesmo com a revogação parcial do Código Comercial, as fontes das normas gerais a serem seguidas nos Contratos civis e mercantis encontram-se no Código Civil. Alguns exemplos seriam as regras de validade do negócio jurídico, seus eventuais defeitos, prescrição e decadência, princípio da função social do contrato e princípio da boa-fé objetiva²³. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior²⁴ ressalvam, contudo, que os contratos empresariais são uma categoria especial, mas que também se encontram na categoria geral, “podendo ser típicos, atípicos, nominados ou inominados, e outras categorizações de execução continuada ou, ainda, comutativos e aleatórios”. Não obstante, onde não houver regulação específica, deve-se buscar adequar o direito dos contratos às normas gerais²⁵.

Como é possível constatar, os contratos interempresariais possuem uma dinâmica própria, de natureza subjetiva e objetiva, o que não impede que sofram os impactos das normas gerais e da constitucionalização do Direito Civil.

Coelho *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 15-16.

²² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

²³ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. **Curso avançado de direito comercial**. 10ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

²⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

²⁵ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 46.

2.1 A FUNÇÃO ECONÔMICA (LUCRO) E SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE

Os contratos interempresariais possuem peculiaridades não apenas nas características das negociações jurídicas que serão implementadas, mas também em sua função²⁶, pois há “inegavelmente uma ‘função ideológica’ nos contratos, que os faz servir ao mercado e ‘proteger melhor determinados interesses’”²⁷. A ideologia do contratualismo possui uma real função: a de favorecer a circulação dos bens que são objeto de propriedade, o centro da vida dos negócios, o instrumento por excelência da vida econômica²⁸.

O “diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua ‘vontade comum’ e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar”²⁹. O lucro, vantagem material ou econômica, é o fundamento buscado na atividade empresária, é a razão pela qual se praticam os atos de comércio. Este objetivo está positivado no art. 966 do Código Civil³⁰, que atribui qualidade de empresário para aquele que “exercer profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

O supracitado dispositivo estabelece que o empresário deve operar necessariamente no âmbito das atividades que proporcionem alguma vantagem material ou econômica, e isto significa ‘lucro’. Acerca da função econômica na atividade empresarial, a lição é de Cristiano Romano³¹:

[a] existência necessária de capital não constitui, para a empresa, característica única. Com efeito, conforme já foi verificado, o novo Código

²⁶ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 30.

²⁷ FORGINI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 153.

²⁸ “Os contratos são uma das fontes das obrigações, certamente o instrumento jurídico mais utilizado pelo empresário em sua atividade cotidiana. Desde o momento do seu surgimento até o último de seus dias, o empresário, seja ele pessoa física ou sociedade empresária, haverá de utilizar-se constantemente de contratos”. BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 759.

²⁹ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

³⁰ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

³¹ ROMANO, Cristiano. **Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição)**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 125.

Civil, em seu art. 966, faz saber entre outras coisas que a atividade exercida pelo empresário deve ser econômica. Que significa tal palavra no plano técnico? O adjetivo 'econômico' indica algo que diz respeito à economia. Quanto à 'economia', é curioso que a primeira parte da palavra ('eco') significa 'casa', em grego antigo; de forma que, no plano etimológico, a palavra inteira é utilizada para indicar o conjunto de normas que regulam a direção de uma casa e a administração do orçamento familiar. Em sentido mais amplo, porém, a mesma palavra costuma ser usada com referência à ciência que tem por objeto a satisfação das necessidades humanas, 'com uso racional dos meios e o menor desperdício possível' é o mesmo que dizer, com maior clareza, 'de forma a obter a vantagem máxima com despesa mínima: por outro lado, o lucro pode ser também definido como vantagem material ou econômica.

Em sentido objetivo, a finalidade lucrativa da atividade empresarial significa que pouco importa a intenção subjetiva dos sócios sobre qual fim será dado ao lucro: utilização pessoal, doação, reinvestimento, etc. sua característica lucrativa abstrata é essencial para que seja considerada empresarial³².

Assim, o resultado da atividade empresária não deve ser traduzido apenas em lucro, mas em busca pelo lucro, ou seja, se o negócio querido pelas partes não atingir a finalidade lucrativa significaria que a parte que sofreu um revés estaria apta a afastar os efeitos daquele negócio, o que não seria permitido por contrariar a lógica do mercado e a dinâmica dos contratos³³.

A busca pelo lucro não significa liberdade para praticar todo e qualquer ato na iniciativa econômica, pois existem fronteiras às atividades dos agentes econômicos. Nem mesmo em sua origem no liberalismo consagrava-se liberdade absoluta, pois impunham-se medidas de polícia³⁴. Segundo Orlando Gomes, as limitações à liberdade de contratar sempre estiveram vinculadas à ordem pública e aos bons costumes³⁵, as quais, nunca deixaram de existir em suas dimensões política e econômica³⁶.

O art. 219³⁷ da Constituição Federal estabelece que o incentivo ao mercado deve dar-se "de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o

³² CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Dell'Impresa*. Turim: UTET, 2013, p. 34.

³³ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 51.

³⁴ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 158-159.

³⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 27.

³⁶ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 159.

³⁷ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico (não consigo abrir comentário nas notas. Hoje se grafa "socioeconômico", mas se estas palavras tiverem sido tiradas de um autor tal e qual, deixe), o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. BRASIL. Constituição

bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”, o que dá guarida à sua dimensão social. Assim, “a função social dos contratos relacionados ao exercício da atividade empresarial gera uma nova possibilidade de confrontação, agora com a função social reconhecida à própria empresa”³⁸, assim, “a eficácia do contrato deve atender aos valores maiores da Constituição Federal e estar orientada em conformidade com os princípios fundamentais nela consagrados, tal qual expresso nos seus arts. 1º e 3º”³⁹.

A livre iniciativa, neste sentido, tem consagrada na Constituição Federal o seu “valor social” (art. 1º⁴⁰), e assegurar-se-á a existência digna conforme os ditames da Justiça Social (art. 170⁴¹), isto é, a livre iniciativa deverá servir a este fim “socialmente valioso”⁴². Desta forma, o perfil social do mercado conjuga a preservação do sistema de produção e a implementação de políticas públicas para concreção dos objetivos sociais constitucionalmente fixados⁴³.

Quando se busca apoio no aspecto funcional do contrato, está-se utilizando um meio jurídico que poderá afastar o teor da vontade como fator de vinculação, já que limita seu conteúdo ou eficácia para garantir a preservação dos interesses relacionados ao contrato⁴⁴. A função socioeconômica estabelece que as partes reconheçam que a liberdade contratual e a autonomia privada sejam exercidas dentro dos limites e termos da função socioeconômica, limitando a discricionariedade de seus

da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

³⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 174.

³⁹ **Idem.**, p.175-176.

⁴⁰ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴¹ 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 [...].BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200.

⁴³ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 160.

⁴⁴ **Idem.**, p. 175.

atos aos termos da Constituição Federal e aos limites dos artigos 421⁴⁵, 422⁴⁶ e parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil⁴⁷. A elaboração e/ou interpretação dos contratos a partir da ótica individualista resta superada, devendo ser observados, além dos interesses individuais, os efeitos que serão gerados e produzidos em relação ao todo, à sociedade ou ao círculo de pessoas potencialmente afetadas de forma direta ou indireta pelo negócio jurídico⁴⁸.

A ideia de função social como elemento de cerceamento da liberdade de contratar ressurge no momento de eficácia contratual, possibilitando a revisão de condições contratadas quando a manutenção do contrato estiver em risco⁴⁹, observando o equilíbrio do binômio da base objetiva e subjetiva do negócio jurídico contratual⁵⁰. O exemplo apresentado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior ilustra o espírito da adoção da função social como critério de alteração da vontade das partes:

Um contrato firmado entre um empresário e um agente financeiro que contenha uma cláusula que coloque em risco a continuidade do exercício da atividade da empresa de forma anormal pode justificar a invocação da função social do contrato para fazer prevalecer a condição menos desfavorável para a empresa, com fundamento no interesse da coletividade em retardar ou minimizar as perdas que defluem da decretação de falência de uma empresa,

⁴⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴⁷ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴⁸ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 103-104.

⁴⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

⁵⁰ [...] o papel do Poder Judiciário, ao lançar mão da função social dos contratos, passa pela preservação da 'economia do contrato', o que não significa a realização de um 'princípio do equilíbrio econômico', mas sim a compreensão do contexto social e econômico no qual o contrato está inserido, isto é: como socialmente as partes estabelecem a distribuição de riscos de sua atividade, e qual é a 'natureza' da operação econômica da qual o contrato é a 'veste jurídica'. Dito de outro modo: também no exame do 'princípio do equilíbrio econômico' como expressão da função social, a 'função econômica' ali aparentemente implícita somente pode ser compreendida como 'função social' se analisada a função do contrato como competência normativa, sob pena de supressão da liberdade contratual. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. *In* COSTA, Judith Martins. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 273).

ainda que houvesse uma cláusula dispondo no sentido pretendido pelo beneficiário⁵¹.

No entanto, a invocação da função social deverá ocorrer com parcimônia, atrelada à situação concreta, respeitando, o viés econômico do contrato interempresarial, segundo o qual as empresas estabelecem seus laços para circulação de bens e serviços em busca da satisfação do seu objetivo lucrativo e também, a uma função social da atividade empresária, que serve aos propósitos do Estado para o desenvolvimento econômico e social, o que não significa esvaziamento de um dos conceitos relativamente ao outro, mas sim o respeito a ambos para que se garanta a preservação de interesses ou externalidades ligadas aos contratos⁵².

2.2 A BOA-FÉ OBJETIVA E O PROFISSIONALISMO NOS NEGÓCIOS INTEREMPRESARIAIS

A boa-fé objetiva nos contratos representa uma indagação teleológica, de ponderação, que “procura fazer justiça ao caráter puramente instrumental que os contratos assumem na vida econômica, e espelha a necessidade de consolidação do ambiente de confiança quando os contratos não são pontuais, antes propiciando uma colaboração encadeada”⁵³.

Assim, a boa-fé garante deveres instrumentais de conduta, que visam promover a cooperação e a proteção dos interesses que são recíprocos. Trata-se de um verdadeiro guia em que os contratantes devem pautar sua conduta e também interpretar e integrar eventuais lacunas. Em regra, a negociação pré-contratual traz implícitos dois deveres básicos de conduta: um negativo, que significa a abstenção temporária de negociação com terceiros, não-sabotagem, etc., e um positivo, de conduta em conformidade com as expectativas e solicitude perante os interesses alheios, que conjuntamente compõem a boa-fé neste estágio de negociações. Deste modo, a boa-fé pode desempenhar funções de *excluder*, de barreira contra condutas que possam ser consideradas de má-fé, funções ‘expressivas’ de consolidação de

⁵¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 162. Em referência ao julgamento do TJMG, “Tratando-se de falência, deve-se, sempre que possível, visar o princípio da conservação da empresa. Logo, o contrato examinado à luz do princípio mencionado e da sua função social” (Ap. Civ. 1002402737740-7/001, rel. Des. Caetano Levi Lopes, acórdão publicado dia 10.08.2004).

⁵² *Idem*, p. 175-183.

⁵³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 578.

práticas de ‘honestidade’ e de ‘razoabilidade’ - como se julga ser alcançável através do reconhecimento generalizado do *implied covenant of good faith*, ou ainda funções de resguardo contra intervenções externas que pudessem pôr em causa benefícios legitimamente alcançados pelas partes⁵⁴.

Na perspectiva econômica, a boa-fé pode ser vista sob o plano do cumprimento do contrato que está centrado nos benefícios esperados pela parte credora em troca de seu investimento (interesse positivo ou interesse de cumprimento), e o plano da tutela jurídica recobre todos os incidentes da vida do contrato do próprio inadimplemento, que, se verificado, deverá ser compensado⁵⁵, pois ao atuar no mercado, a empresa está sujeita a essas normas jurídicas, não existindo mercado sem direito ou sem regras que atribuam sanção externa e organizada ao comportamento do agente⁵⁶.

No segmento dos contratos interempresariais, a boa-fé objetiva exige que o empresário se comporte conforme as “regras do jogo” do ambiente institucional em que estiver inserido para que se possa aferir se a conduta atende o padrão de conduta esperado, cuja construção se dá no mercado, por meio de reiteradas jogadas anteriores dos diversos agentes econômicos, formando o que se denomina “memória de experiência”. Tal memória é atributo do mercado, e não do indivíduo, mas o agente econômico deverá conhecê-la de antemão, visto que o descumprimento dos padrões acarretará a sanção jurídica correspondente⁵⁷.

Desta forma, a boa-fé objetiva não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios. Ao contrário: ela reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminui os riscos, catalisa a fluência das relações no mercado⁵⁸ e diminui a incidência dos custos de transação, uma vez que aumenta a certeza e o grau de previsibilidade⁵⁹⁶⁰.

⁵⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 571-583.

⁵⁵ **Idem**, p. 572.

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios interempresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105.

⁵⁷ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 101-102.

⁵⁸ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios interempresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101.

⁵⁹ **Idem**, p. 105.

⁶⁰ “A cláusula de boa-fé objetiva deve ser analisada não como decorrência de qualquer solidariedade, mas sim como elemento de coesão do mercado e de catálise do fluxo de transações econômicas” [...]. A cláusula de boa-fé também pode ser interpretada como: “modelo jurídico ou, mais especificamente,

Outrossim, “no sistema do direito comercial, a boa-fé permite e estimula a eficiência do agente econômico ao mesmo tempo que exige (para o bem do tráfico mercantil) que seja adotado o comportamento típico dos ‘comerciantes cordatos’”⁶¹. A empresa é um centro de tomada de decisões que tem em vista a satisfação de sua função econômica – a busca pelo lucro – e, por isto, na alocação dos recursos o empresário deverá pautar seu comportamento no padrão de cuidado e diligência empresarial. Em outras palavras, ele terá “dever de prudência no exercício da atividade empresarial e de atuação conforme a especificidade do mundo negocial e os critérios admitidos em cada setor”⁶² e, ainda, exige-se que “o empresário esteja munido das informações necessárias para dirigir sua empresa (conhecimento do mercado, política e produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções, informações sobre a concorrência)”⁶³.

Pressupõe-se, destarte, que o empresário seja praticante habitual de determinados atos, de acordo com os demais atores do mercado, agindo sempre de maneira perspicaz, isto é, profissional⁶⁴. Com esta perspectiva de atuação profissional, aceita-se a mitigação do dever de prestar informações sobre quantidade e qualidade usualmente prestada em negócios semelhantes, sendo “óbvio que alguns corolários dos ‘mecanismos’ de revelação e partilha de informação podem também revestir algumas características de deveres positivos, aproximando-se por essa via de um entendimento sobre o ‘dever de boa-fé’”⁶⁵. Deste modo, o contratante deve adotar todas as cautelas necessárias para adquirir todas as informações que razoavelmente (no padrão de conduta do mercado) poderia ter adquirido para tomar a decisão de

como uma estrutura normativa que ordena determinados fatos (transações comerciais), de acordo com valores (usos e práticas do mercado), conferindo certa tipologia a comportamentos futuros (memória de experiência), os quais, a seu turno, geram certas consequências. Em outros termos, a boa-fé objetiva “cláusula geral por excelência”, apresenta-se como uma norma-ponte entre o contrato e os valores fundamentais do sistema, em especial com os princípios constitucionais. Por essa razão, eventual intervenção contratual, com base na correta aplicação do modelo jurídico da boa-fé objetiva (transposição de valores sociais específicos do caso concreto ao contrato), não será arbitrária. YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 81.

⁶¹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios interempresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

⁶² WANDERER, Bertrand. Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

⁶³ **Idem.**

⁶⁴ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 58-63.

⁶⁵ ARAÚJO, Fernando **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 582.

celebrar o negócio jurídico⁶⁶. O grau de informações deve ser posto à livre disposição do contratante, diferente, por exemplo, da relação de consumo, em que há o dever de transparência absoluta.

Se não diligenciar neste sentido, a parte não poderá utilizar o subterfúgio da boa-fé objetiva como pretexto legitimador “de uma atitude de interferência judicial em puros critérios econômicos, comerciais e de gestão, em violação aos limites impostos pelo *business judgment rule* e em evidente detrimento da eficiência”⁶⁷. A presença do erro é fundamental para o funcionamento do sistema e, se não for considerada, “jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente da álea normal e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis”⁶⁸.

Partindo-se da correta interpretação da boa-fé objetiva e profissionalismo presentes nos contratos interempresariais, os deveres de conduta garantem uma otimização contratual que gera confiança entre os participantes do mercado e estimula o fluxo negocial. À medida que cresce a confiança, aumentam a previsibilidade e o grau de segurança do mercado, o que reduz os custos de transação das negociações⁶⁹ e eleva a eficiência do mercado.

2.3 O ELEMENTO RISCO E A ÁLEA NORMAL DOS CONTRATOS

Enquanto no contrato comum tem-se o vínculo entre a segurança e a estabilização das relações, nos contratos empresariais deve-se considerar o risco do negócio, que, ao lado do lucro, é elemento indissociável das atividades. Todo negócio implica risco, e cada contrato tem seu risco típico, inerente à atividade empresarial⁷⁰. O risco pode ser compreendido como “a eventualidade de sofrer dano, conexa com circunstâncias mais ou menos previsíveis”⁷¹ e está inerente a toda e qualquer

⁶⁶ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 82-84.

⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 574.

⁶⁸ WANDERER, Bertrand. Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 163.

⁶⁹ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 82-84.

⁷⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

⁷¹ ROMANO, Cristiano. **Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição)**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

empresa, não importando sua natureza⁷². O risco econômico nasce da obrigação do empresário em relação aos investidores e aos trabalhadores, e, como parte do exercício do poder de condução da empresa, o empresário lança mão de contratos, que poderão ou não conduzir aos melhores resultados⁷³.

A previsão do risco não é novidade. Deriva da análise ou do cálculo de um conjunto de dados que constituem as informações necessárias para a projeção ou expectativa de um resultado, que pode se concretizar ou não, já que depende de eventos futuros⁷⁴ que compreendem certo grau de incerteza, por mais previsíveis que possam ser. Assim, “quando as partes celebram um pacto, acompanha-as a consciência plena de que, com a vinculação, assumem determinados riscos e todos eles encerram uma ideia probabilística”⁷⁵.

Deste modo, o grau da tutela da parte que teve determinado risco concretizado em dano deve ser muito menor do que nos contratos de natureza puramente civil⁷⁶, ou seja, a atuação do Estado deve ser bem menos intervencionista. A parte que assumiu uma jogada “arriscada” certamente deve assumir as consequências do resultado, pois o sucesso de um ambiente de competição depende da variação das estratégias adotadas pelos agentes econômicos, com reflexo nos resultados alcançados.

Na análise de riscos para maximização dos resultados, as partes devem considerar, por exemplo, (i) a possibilidade do inadimplemento pelo devedor, por fato de terceiro, fato do príncipe ou caso fortuito, e (ii) a diminuição da satisfação econômica do negócio pela preexistência ou superveniência de circunstâncias previstas ou previsíveis (álea normal) ou não previsíveis (álea extraordinária), que não comportam inadimplemento em sentido técnico, mas sim uma desordem na economia originária do negócio celebrado⁷⁷. Dito de outro modo, o risco dá-se no cumprimento da obrigação principal e considera a possibilidade de perda econômica e um dano

⁷² ROMANO, Cristiano. **Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição)**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.

⁷³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 182.

⁷⁴ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 23.

⁷⁵ BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios**. Revista dos Tribunais. Ano 89. dez/2000. vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79

⁷⁶ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 55.

⁷⁷ ALPA, Guido Rischio. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1989, v. 40, p. 1146.

financeiro mediante a avaliação de diversos fatores: (i) o evento; (ii) a causa; (iii) o dano, e (iv) a incidência sobre os contratantes⁷⁸.

Ao decidir-se pela celebração dos contratos, presume-se que o risco assumido foi calculado e é tolerável com as características do negócio entabulado. Desta forma, a álea normal “designa o evento normal e previsível que possa vir a ocorrer no curso da relação contratual, em contraposição aos eventos extraordinários e imprevisíveis que tornam excessivamente onerosa a prestação”⁷⁹. Para aferir a álea normal, deve-se ter em vista o grau de informação, o ambiente e o tipo contratual, isto é, as bases e circunstâncias da negociação, o ambiente econômico do momento da celebração e o momento em que ocorre a necessidade de avaliação da alteração das circunstâncias contratuais⁸⁰.

Para a constatação da ocorrência de eventos capazes de exceder o espectro de previsibilidade do contrato, é necessário aferir os aspectos econômicos envolvidos, os eventos que não poderiam ter sido previstos pelas partes, consideradas as suas qualidades intrínsecas, e o posterior momento de desarranjo da avença. O critério quantitativo da superação da álea normal é aferível se a prestação se torna, no curso do contrato, excessiva do ponto de vista econômico. O critério qualitativo é avaliado de acordo com o tipo contratual: se ocorreram eventos extraordinários e imprevisíveis, considerando-se as circunstâncias da contratação (“qualidade das partes, tipo do contrato e o ambiente da relação entabulada⁸¹”), os usos do local da contratação e, por fim, o critério temporal impõe a comparação entre o cenário econômico no momento da contratação e o momento da cogitada exportação da álea normal do contrato⁸².

No ambiente empresarial, a ponderação do risco também é aplicável, porém com maior rigor⁸³, pois há que considerar: (i) a situação concreta em que se encontram

⁷⁸ PATTERSON, Edwin W. The apportionment of business risk through legal devices. in *Columbia Law review*, New York, 1924, v. 24, p. 336.

⁷⁹ BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios**. Revista dos Tribunais. Ano 89. dez/2000. vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79.

⁸⁰ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 37

⁸¹ COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações – Adimplemento e Extinção das Obrigações**. 2. ed. Volume V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 308.

⁸² SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 38.

⁸³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 303. “Por fim, cabe perguntar se as atitudes perante os riscos são também um dado relevante para a análise da conduta contratual de empresas – pessoas colectivas desprovidas de uma identidade naturalística a

as partes; (ii) a vocação para a gestão do risco, (iii) a análise circunstancial das qualidades do contratante (tais como sua experiência para a realização do negócio, qualidade empresarial, capacidade financeira, etc.), e (iv) o aspecto econômico da prestação para aferição da onerosidade imposta à parte que justifique uma reanálise do pacto.

Em que pese a atividade empresarial ter o risco implícito, algumas circunstâncias fogem ao espectro de previsão das partes e outras são desconsideradas por sua improbabilidade, como, por exemplo, a perda da grande base do negócio, teoria elaborada por Gerarhd Kegel. Ela assinala que as partes pressupõem que não haverá, na pendência do contrato ou associado aos efeitos que este propõe alcançar, nenhuma perturbação estrutural nas condições políticas, econômicas ou sociais que coloquem em causa a própria existência social, tal como conhecida usualmente pelos contraentes⁸⁴. Deste modo, o contrato é celebrado levando em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, com ou sem a presença de consciência das partes no caso concreto, como, por exemplo, sobre a ordem social ou econômica existente, o poder aquisitivo de determinada moeda, as condições normais do tráfego ou outras semelhantes, sem as quais o contrato não cumpre a finalidade por ele pensada, nem pode realizar a intenção considerada justa pelas partes. Assim sendo, exigir o cumprimento de um contrato na presença desta circunstância imprevista e imprevisível não poderia ser considerado como de boa-fé⁸⁵.

Deste modo, a relevância da identificação da extensão da álea normal do contrato está no fato de que é a partir deste limite (álea normal) que o contrato comutativo passa a se comportar como um verdadeiro contrato de natureza aleatória.

que possam atribuir-se características psicológicas, e mas a mais rodeadas do fosso da responsabilidade limitada. A resposta é obviamente positiva, apesar do bem fundado das ressalvas: das empresas é de esperar até uma vocação específica para a gestão explícita do risco, e é larga medida em função dela que as convenções de que é composta a personalidade colectiva vão se formando”.

⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1053.

⁸⁵ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 314. No original: *Todo contrato se estipula entre los que en él participan teniendo en cuenta determinadas circunstancias de caracter general, ya sean conscientes o no de ello en caso concreto; como, por ejemplo, el orden social o económico existente, el poder adquisitivo de una determinada moneda, las condiciones normales del tráfico u otras semejantes, sin las cuales el contrato no cumple la finalidad para él pensada ni puede realizarse la intención de las partes. Si en dichas relaciones necesarias para la subsistencia del negocio (como base objetiva del mismo y reglamentación considerada justa y conveniente para ambas partes) se produce una alteración total e imprevista, que en forma alguna no haya sido considerada en el contrato, no sería conforme con 'la buena fé' (§§ 157, 242) someter inflexiblemente a la parte desproporcionadamente perjudicada por la alteración al contrato que fué concertado bajo presupuestos completamente diferentes.*

Assim, no que tange ao risco assumido, a partir deste ponto estaria implícita a incerteza da vantagem econômica das partes⁸⁶. No entanto, o contrato comutativo com dilatação da álea normal por vontade das partes não se torna, por este motivo, um contrato aleatório em sua causa. Desta forma, o âmbito alongado da álea normal se torna o limite preclusivo para a aplicação da onerosidade excessiva⁸⁷.

Paradoxalmente, o contrato, que é um instrumento dedicado à redução das incertezas, também é 'ambiente' gerador de riscos, na medida em que quem contrata está sujeito ao inadimplemento, às variações do mercado, às influências da natureza e às alterações legislativas, dentre outros fatores externos à relação jurídica mantida entre as partes que podem impactar o cumprimento da maneira como foi celebrado⁸⁸. Logo, se extrapolada a álea normal (alongada) de risco prevista naquele contrato, existe a possibilidade de postular-se sua readequação. Neste sentido, valiosa a transcrição de Fernando Araújo:

Trata-se, por outro prisma, de determinar em que condições é invocável a impossibilidade de cumprimento – até que ponto ela é genuinamente <exógena> [pré-contratual – seleção adversa] (e não fruto do <risco moral>), e, sendo exógena, pode ser coberta por seguro: é que é muito plausível que, num mercado aberto e concorrencial, se estabeleça uma relação dialéctica entre o regime legal de exoneração do devedor por impossibilidade e os incentivos à conduta das partes, sendo de prever que um regime demasiado liberal seja compensado por restrições expressamente estipuladas, e que um regime legal demasiado restritivo seja contornado por ressalvas convencionais – sendo de esperar ainda que as ressalvas convencionais se centrem em circunstâncias extra-mercado, geralmente não ressaltando as alterações de onerosidade que resultem meramente de alterações de preços em sequência de <choques> na oferta ou na procura⁸⁹.

Frise-se, por fim, que a proteção desmedida de um agente mais fraco com a neutralização dos efeitos nefastos do seu erro poderá distorcer o mercado e enfraquecer a tutela de confiança que dele se espera, o que desestimula seu fluxo contínuo⁹⁰ e pode gerar comportamentos oportunistas: o contratante mais fraco sentir-se-á desestimulado a promover análises informacionais mais profundas porque os efeitos serão neutralizados.

⁸⁶ BOSELLI, Aldo. *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. Torino: UTET, 1952, p. 178.

⁸⁷ NICÒLO, Rosario. *Alea*. *Enciclopedia del diritto*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1958, p. 1.027.

⁸⁸ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 30.

⁸⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 301.

⁹⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

Esse comportamento deve ser rechaçado, pois “a existência do erro é inseparável da inerência do risco à atividade comercial, do qual o lucro constitui, na sua essência, remuneração”⁹¹. Deste modo, cabe ao direito assegurar o normal decurso do processo contratual e o respeito pelos compromissos assumidos, e não o resultado lucrativo almejado pelo empresário. Isto inclui a estratégia equivocada ou a força de um imprevisto inerente à álea normal do contrato⁹².

2.4 A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO INTEREMPRESARIAL

Os principais fatores do funcionamento dos contratos empresariais encontram-se na relação sistêmica entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, motivo pelo qual o direito deve atuar para disciplinar os comportamentos, permitindo sua preservação e funcionamento⁹³. O papel desempenhado pelo direito no controle dos contratos inclui (i) salvaguardar o interesse público (ou seja, tutela das razões da coletividade em detrimento das dos contraentes) e (ii) garantir a autonomia privada⁹⁴. Assim, o direito tutela o sistema do mercado no seu conjunto, e não em seus interesses particulares; caso contrário, colocaria em risco todo o sistema e abalaria a confiança existente em sua previsibilidade⁹⁵, afinal, “o direito é estruturado com o propósito de possibilitar o cálculo do resultado (Weber) – viabilizando, inclusive, a previsão do comportamento do outro, segundo os parâmetros por ele colocados”⁹⁶. Para o direito comercial, a interpretação apresenta desdobramentos relevantes:

[a] a função econômica do negócio no direito comercial assume importância, porque permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro; a atenção à causa do negócio transforma-se em fator ligado à proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva e, como quer ROPPO, à “gestão de uma economia capitalista” ou às “regras de bom funcionamento do mercado; [b] a racionalidade econômica do empresário sempre foi considerada pelo direito comercial e pela jurisprudência; evita-se a tomada de decisões judiciais que fujam da racionalidade própria do agente, rebatida na boa-fé e

⁹¹ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 313.

⁹² **Idem**.

⁹³ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117-118.

⁹⁴ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 333-334.

⁹⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 222.

⁹⁶ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 350.

na proteção da legítima expectativa; a previsão do standard do agente “ativo e probo” nada mais significa senão a assunção de uma racionalidade própria aos empresários [socialmente tópica], depurada pelo direito como mínimo padrão interpretativo;

[c] a proteção da eficiência das decisões empresariais é outra fonte na qual há muito se fartam os intérpretes autênticos e o ordenamento jurídico brasileiro; a imposição de decisões que comprometam a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, da mesma forma como as decisões que colocam em xeque a lógica do sistema⁹⁷.

O aspecto econômico contratual é de grande importância, pois os contratos estão inseridos em um ambiente econômico e possuem características peculiares que devem ser analisadas sistemicamente, sob pena de comprometer o fluxo mercantil:

[...] sendo o contrato a forma jurídica da circulação da riqueza, parece-nos evidente que não é possível desconsiderar os elementos econômicos na busca da interpretação mais adequada, donde inviável uma interpretação que desrespeite a economia do contrato; não obstante, a questão é pouco tratada em nossas cortes, contudo, fazendo parte da realidade social, compete-nos ressaltar que os fatos relativos à eficiência econômica não podem ser desprezados, a tanto, gostemos ou não, basta observar à nossa volta, tudo parece ter uma valoração econômica, cujo contrato, respeitável símbolo disso, não pode ser ignorado nessa parte⁹⁸.

Os negócios entre empresários possuem como pressuposto básico a certeza de que o produto do contrato será mais vantajoso que sua situação pré-contratual, a esperança de atingir seu objetivo magno – gerar “lucro” –, ao que se denomina ‘função econômica do contrato’ onde o contrato empresarial encontra sua razão de ser⁹⁹.

Como nos negócios interempresariais cada parte buscará seu objetivo, seus interesses terão magnitudes diferenciadas, o que não redundará em uma necessária equivalência lucrativa; pelo contrário, nos contratos empresariais esta desproporção pode existir e deve ser aceita, sem que isso signifique necessariamente desequilíbrio contratual. Infelizmente, é comum que as discussões jurídicas sobre negócios mercantis e sua interpretação gravitem em torno da vetusta visão, ou a ela estejam limitadas, de que o lucro de uma parte significa o prejuízo da outra. A dogmática da interpretação dos contratos empresariais deve ir além, servindo para “buscar a

⁹⁷ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 247-248.

⁹⁸ BENACCHIO, Marcelo. **Interpretação dos contratos**. In: Lotufo, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 387.

⁹⁹ FORGIONI, Paula A. **A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Série), p. 7-38, abr/jun. 2003, p. 7.

coerência sistêmica da interpretação, lubrificando a fluência de relações econômicas¹⁰⁰.

Logo, na visão sistêmica, o negócio empresarial deve ser visto como um todo ordenado, de tal sorte que o processo de sua interpretação deve ser racional e construído a partir de sua função econômica ou da intenção comum das partes¹⁰¹. Por essa razão, no processo de interpretação contratual devem ser considerados alguns princípios interpretativos, entre eles: o da finalidade econômica (critério econômico pretendido pelas partes); o da boa-fé objetiva (recíproca lealdade das partes); o da conservação dos contratos (buscar a vontade das partes no sentido em que foi pactuado), e o da unicidade contratual.

Nas transações empresariais, também é relevante a causa do negócio para interpretá-lo segundo a lógica sistêmica de direito comercial¹⁰². A causa é um elemento de integração contratual, indispensável à sua correta compreensão, sistematização e interpretação, e não precisa ter qualquer ligação com os motivos subjetivos da vontade do agente. Pela causa do contrato haverá a coligação ao mercado, “a praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte”¹⁰³.

A função da causa não determinar a licitude ou não da avença, nem mesmo para saber se a causa deve ser incluída entre os requisitos essenciais do ato jurídico, mas sim compreender que esta pode pautar sua interpretação de acordo com a lógica do sistema do direito comercial¹⁰⁴. Desta forma, a causa pode dimensionar os contratos comerciais em três níveis: “1. função econômico-social do contrato; 2. resultado jurídico objetivo que os contratantes pretendem ao concluir o contrato, e 3. a razão determinante que impulsiona as partes à celebração do contrato”¹⁰⁵.

Assim, no processo interpretativo dos contratos empresariais, deve-se compreender o escopo do ajuste, ou seja, a função a que ele se dispõe, o objetivo pretendido pela parte, a fim de que equívocos hermenêuticos não prejudiquem a

¹⁰⁰ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 207-208

¹⁰¹ **Idem**, p. 235.

¹⁰² AZEVEDO, Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 128.

¹⁰³ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 221.

¹⁰⁴ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 342-343.

¹⁰⁵ **Idem**, p. 221.

natureza e o propósito do contrato. Na interpretação, portanto, é de suma relevância ter conhecimento dos fins econômicos que as partes tinham em vista ao contratar, pois o direito garante estes fins, ainda que se possa visualizar algum desequilíbrio. Não pode prevalecer a visão equivocada de que o negócio jurídico deve ser revisado apenas porque o lucro de uma parte importa prejuízo para a outra.

A análise econômica do direito também se mostra útil no estudo dos fins econômicos dos contratos, pois serve “para determinar quais os pactos que merecem proteção e quais as consequências do descumprimento do ajuste, assim como questões acerca da melhor consecução do trato diante de lacunas e falhas de mercado e o papel dos Tribunais”¹⁰⁶.

Os efeitos oriundos dos contratos são tratados por Marcia Carla Pereira Ribeiro como externalidades significativas e não significativas, em que “há contratos nos quais as externalidades são ponderáveis e deverão interferir na tarefa de interpretação do contrato e outros em que deverão ser desconsideradas, ou porque inexistentes ou porque desprezíveis”¹⁰⁷. Nos contratos de externalidades não significativas, a teoria da onerosidade excessiva pode ser invocada se sobrevier um fato capaz de atingir a álea normal do contrato e, respectivamente, o objetivo socialmente desejado pelas partes. Por sua vez, os contratos de externalidades significativas são “preferencialmente os contratos utilizados na prática empresarial”¹⁰⁸ em razão da dinâmica dos negócios empresariais, que atrela o exercício da empresa a seu objeto. Assim, por não existir regulação específica sobre eventos imprevisíveis capazes de impactar as obrigações das partes, estas poderão recorrer à intervenção judicial em que o julgador deverá considerar o “potencial de produção de externalidades significativas indesejáveis (instabilidade em todo um setor econômico, abandono de tipos contratuais de interesse do comércio e da indústria)”¹⁰⁹ para decidir a melhor interpretação, que, em alguns casos, poderá ser em favor do mercado considerado em seu todo.

¹⁰⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

¹⁰⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 67.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

¹⁰⁹ **Idem**, p. 69.

Neste cenário, é preciso que o direito dê suporte ao comportamento legitimamente esperado de uma parte ativa e proba, revestindo “a interpretação contratual de juízo de coerência e previsibilidade [ou calculabilidade, como quer IRTI inspirado em WEBER], que viabiliza e incrementa o funcionamento do sistema¹¹⁰. Portanto, quanto maior a confiança no cumprimento de um contrato, menores serão os custos de transação, e maior a sua eficiência, o que, por sua vez, incentiva a cooperação entre as partes”¹¹¹.

¹¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

¹¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

A possibilidade de revisão pode provocar um ambiente de insegurança jurídica e aumentar os custos de transação das relações contratuais. Sendo assim, é relevante enfrentar a questão a partir da Análise Econômica do Direito (AED), uma ferramenta capaz de aferir a formação, a execução e os desdobramentos da revisão contratual fundamentada na onerosidade excessiva.

A partir da AED, devem ser ponderados os custos dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas baseadas nas ideias de valor, utilidade e eficiência¹¹², ou seja, uma perspectiva funcional dos fatos jurídicos:

A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, e fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades¹¹³.

Desta forma, o objetivo deste capítulo é demonstrar quais instrumentais da AED podem ser aplicados aos contratos.

3.1 A EFICIÊNCIA NOS CONTRATOS

A eficiência representa a otimização ou maximização de alguma medida de valor¹¹⁴ e decorre da escassez dos bens apreciáveis, por isto “torna-se imprescindível buscar a melhor alocação de bens para suprir a maior quantidade possível de demandas racionais”¹¹⁵. Assim, pressupondo que os recursos sejam escassos, o ser

¹¹² FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93.

¹¹³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

¹¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Revista de Direito Getúlio Vargas, n. 7, 2008, p. 24.

¹¹⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 91: “Posner, por sua vez, enumera três princípios básicos da Economia. Antes, afirma que o homem é um maximizador racional de seus objetivos, de forma que a economia estuda a alocação dos recursos escassos de acordo com as necessidades dos homens racionais. Quanto aos princípios, o primeiro se refere à relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada, que retrata a lei da demanda. O autor esclarece que essa é uma lei sujeita a alterações, como, por exemplo, uma variação de renda, a existência de produtos substitutos e outras variantes. Tal fato já havia sido esclarecido

humano age racionalmente, influenciado por incentivos legais ou comportamentais, em busca dos melhores resultados para si¹¹⁶.

A eficiência econômica pode ser representada por duas pequenas máximas, quais sejam, é eficiente quando produz a mesma quantidade de produtos usando uma combinação menor de insumos ou, então, quando produz mais produtos usando a mesma combinação de insumos¹¹⁷. Sob tal premissa, é lícito e razoável sustentar que a economia pode ser utilizada como ferramenta de análise do fenômeno jurídico de acordo com a percepção sobre custos e eficiência:

A teoria econômica é destinada para prever o comportamento não de economistas, mas de homens de negócios, consumidores, e outros que geralmente conhecem pouco de economia. Tendo em vista que os juízes frequentemente são chamados a decidir casos em que fatores econômicos são inevitáveis, não é surpreendente que eles possam frequentemente decidir de acordo com uma percepção intuitiva de custos e eficiência¹¹⁸ (Tradução nossa).

Dentre os modelos de eficiência, podemos considerar dois com grande relevância: Pareto e Kaldor-Hicks. No “Ótimo de Pareto” ou “Pareto Eficiente”, a máxima eficiência será alcançada quando uma determinada situação se encontra de tal forma que, se melhorar ou for alterada, implicará uma piora na situação de um outro indivíduo¹¹⁹. Este critério tem uma percepção individualista, não leva em consideração a coletividade e é frequentemente utilizado quando a interpretação da relação contratual se limita a afirmar que o lucro de uma parte implica prejuízo da outra.

acima quando se tratou da condição *ceteris paribus* nas análises econômicas. O segundo princípio se refere ao equilíbrio imposto pelo custo de oportunidade (é o que se deixa de ganhar ao se fazer uma escolha) tanto do produtor quanto do consumidor, de forma que, no conflito entre a maximização do benefício do primeiro com a maximização da utilidade do segundo, alcança-se o preço pelo equilíbrio. Em terceiro lugar, o último princípio da Economia, segundo este autor, é que os recursos tendem a se alocar de forma mais eficiente quando há um intercâmbio voluntário entre os agentes ou, em suas palavras, ‘por un proceso de intercambio voluntario, los recursos se desplazan hacia los usos en que es mayor el valor para los consumidores, medido por su disposición a pagar’.

¹¹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.

¹¹⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016)**. Berkeley Law Books. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 13.

¹¹⁸ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: little, Brown and Company, 1972, p. 6. No original: *Economic theory is designed to predict the behavior not of economists but of businessmen, consumers, and others who generally know little of economics. Since judges are frequently called upon to decide cases in which economic factors are inescapable, it is not surprising that they should frequently decide in accordance with an intuitive perception of cost and efficiency*. Tradução Livre:

¹¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016)**. Berkeley Law Books. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 14.

Esta concepção foi analisada e criticada por integrantes da Escola Neoclássica de Chicago, pois não considerava a justiça distributiva:

*It was, of course, recognized, most explicitly perhaps by Bergson, that Pareto efficiency in no way implied distributive justice. Allocation of resources could be efficient in a Pareto sense and yet yield enormous riches to some and dire poverty to others*¹²⁰.

O conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, por sua vez, parte do pressuposto de que as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo ganho social e bem-estar para o maior número de pessoas, ainda que isto signifique perdas individuais globais. Desta forma, os ganhos totais compensam as perdas individuais, portanto, maximizando a riqueza total. Este é o caso da interpretação da relação contratual que leva em consideração o sistema, e não apenas os valores individuais em debate pelas partes.

Entre os modelos de eficiência, não existe um consenso sobre qual seria o melhor critério para conduzir a resultados mais eficientes. A verificação deve partir do caso concreto, mediante análise empírica do bem-estar de forma global¹²¹. Neste sentido, pode-se considerar que “a relevância da análise da eficiência não se encontra na determinação do ponto de maximização absoluta da utilidade mas na compreensão da maximização relativa da utilidade, ou seja, nas melhoras paretianas”¹²².

Destarte, o direito contratual serve para incentivar condutas eficientes das partes, o que reduz a complexidade e os custos de transação¹²³, lubrifica o desenvolvimento do fluxo comercial, fornecendo informações sobre contingências que poderiam atingir a relação e auxilia no planejamento das partes. Para tanto, o direito fornece mecanismos de proteção para assegurar o cumprimento dos contratos mediante garantias e sanções por inadimplemento, estimulando o adimplemento

¹²⁰ ARROW, Kenneth J. **General Economic Equilibrium: Purpose, Analytic Techniques, Collective Choice**. Nobel Memorial Lecture, December 12, 1972, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, p. 111. Disponível em <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economicosciences/laureates/1972/arrow-lecture.pdf>. Acesso em: 27/10/2017. Tradução Livre: Era, obviamente, reconhecido, mais explicitamente talvez por Bergson, que a eficiência de Pareto de modo algum implicava justiça distributiva. Alocação de recursos poderia ser eficiente no sentido de Pareto e ainda assim produzir enormes riquezas para alguns e extrema pobreza para os outros.

¹²¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 107.

¹²² FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 799.

¹²³ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: little, Brown and Company, 1972, p. 11.

voluntário dos negócios¹²⁴. O objetivo central é promover um maior grau de garantia e confiança entre as partes envolvidas na negociação contratual, bem como coordenar ações independentes em situações de múltiplo equilíbrio¹²⁵. Logo, a visão econômica dos contratos lhes atribui sentido quando as promessas neles contidas possam ser cobradas e cumpridas, sendo esta a função do Poder Judiciário:

A força coercitiva de um dos agentes do contrato traz maior cooperação. É por isso que podemos afirmar que a troca e a cooperação são encorajadas pela possibilidade de cumprimento. O papel de qualquer tribunal é exatamente este: garantir o cumprimento da promessa original, instituição que incentiva a redução do risco (supondo que se trate de um tribunal eficiente e justo). A cooperação, promovida pela exigibilidade dos contratos, implica a formação de compromisso, que, por sua vez, transforma a promessa em obrigação¹²⁶.

Apesar de o cumprimento contratual ser incentivado, previu o legislador pátrio a possibilidade da revisão judicial dos contratos (artigo 478 do Código Civil) em situações excepcionais. Isso não significa que está aberta a possibilidade pura e simples de se promover a modificação do pacto originalmente entabulado. Mesmo na aplicação da revisão judicial dos contratos, é preciso levar em conta a maximização do bem-estar social. Deverá ser evitado, como consequência da revisão, um cumprimento mais custoso, com maiores perdas de recursos, que seria, portanto, ineficiente. Nessa hipótese, se o cumprimento acarretar aumento de custos acima dos recursos a serem empregados, a melhor solução seria a manutenção do

¹²⁴ “A estrutura institucional desenvolve papel de grande importância na *performance* da economia. É ela a responsável por delimitar os pontos pelo quais as interações econômicas devem se desenvolver, sendo, por vezes, capazes de reduzir ou aumentar os custos de transação no mercado. [...]. Ademais, as organizações desenvolvem-se a partir da influência que sofrem da estrutura formada pelas instituições. Interessante é a analogia feita por North entre a estrutura de um time de esporte, uma organização, e o papel desenvolvido pelas instituições, regras de conduta dos times em geral. A partir daí, sustenta que as estratégias tomadas pelas equipes vão depender da eficiência de monitoramento e do nível de punição ao qual são submetidas as equipes, de forma que poderão assumir atitudes mais violentas e intimidadoras ou não. [...]. As instituições devem definir as regras pelas quais os indivíduos irão relacionar-se; por outro lado, as organizações objetivam atingir seu melhor desempenho a partir do conjunto de regras imposta pela estrutura. [...]. Desse modo, pode-se supor que as empresas, como qualquer organização, se amoldam e adaptam aos incentivos dados pelo sistema jurídico. Assim, um sistema ineficiente e inadequado de contratos e de garantias tende a desestimular o crédito, a confiança e a atividade econômica como um todo. Ao passo que um sistema ágil e eficiente como a arbitragem tende a facilitar os negócios”. TIMM, Luciano Benetti. *Análise Econômica do Direito da Obrigações e Contratos Comerciais*. In COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais* in COELHO, Fábio Ulhoa *et al. Tratado de direito comercial*. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217-219.

¹²⁵ CASCAES, Amanda Celli. **Análise Econômica do Contrato Incompleto**. RJLB, Ano 3 (2017), nº 1, 163-196, p. 169.

¹²⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 145.

inadimplemento com o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima da violação contratual¹²⁷, em uma clara aplicação do conceito de Kaldor-Hicks.

Em conclusão, a eficiência proposta pela AED leva em consideração as funções econômicas, notadamente para (i) estimular o adimplemento voluntário dos negócios realizados, garantindo a exequibilidade mediante garantias e sanções contratuais e recurso ao Poder Judiciário; (ii) impedir o comportamento oportunista das partes; (iii) gerenciar e prevenir a racionalidade limitada das partes contratantes; (iv) definir a possibilidade de revisão dos contratos com base em critérios de eficiência, e (v) reduzir custos de transação¹²⁸.

3.2 RACIONALIDADE LIMITADA

Não é possível prever todas as contingências no momento em que as partes se vinculam ao contrato. Sempre faltarão dados sobre o outro contratante, pois “os contratos dispõem para o futuro, para horizontes de incerteza, tornando necessário que as partes pautem a sua racionalidade pela maximização da utilidade subjectivamente esperada”¹²⁹.

O oposto seria ter uma racionalidade plena, que só existiria se tudo fosse perfeito e o agente tivesse conhecimento de tudo (passado, presente e futuro). Sendo assim, como essa plenitude não é possível, os agentes procuram fazer o melhor possível dadas as limitações sob as quais trabalham¹³⁰. Com esse objetivo, a escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento dos seres humanos, atribuindo-lhes uma linha de conduta previsível, escolhendo, dentre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Esta melhor decisão, no entanto, será tomada conforme o conhecimento do agente econômico¹³¹ e do que lhe

¹²⁷ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: little, Brown and Company, 1972, p. 55-66.

¹²⁸ No original: “[...] contract law has five distinct economic functions: (1) to prevent opportunism, (2) to interpolate efficient terms either on a wholesale or a retail basis (gap-filling versus *ad hoc interpretatio*), (3) to punish avoidable mistakes in the contracting process, (4) to allocate risk to the superior risk bearer, and (5) to reduce the costs of resolving contract disputes”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: little, Brown and Company, 1972, p. 99.

¹²⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 304.

¹³⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 152.

¹³¹ MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31-32.

proporciona mais utilidade¹³²: “escolher de forma racional é saber analisar a utilidade marginal de um bem”¹³³.

No entanto, para uma escolha ser considerada racional, não é necessário que o agente quantifique se algo lhe é mais útil em relação a outra alternativa; basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante¹³⁴. Economicamente, isto significa que nem sempre a oferta menos custosa será a melhor escolha (financeira). Assim, uma escolha pode ser feita a partir dos sentimentos do sujeito, sem relação com a razão¹³⁵.

Em decorrência da impossibilidade de se conhecer todas as informações que podem interferir no negócio, os agentes se baseiam em realidades objetivas, ou seja, diante das incertezas que decorrem da falta de informação, eles tentam aproximar sua visão da realidade em um processo de formação ideológica¹³⁶, que se constitui em um conjunto de crenças e regras comuns que acabam reduzindo as incertezas existentes nas interações humanas e contribuindo para as trocas econômicas, o que diminui os custos das transações em comparação com aqueles que se processam com um grau maior de incerteza¹³⁷.

Por isso, “dados os custos implicados, o nível ótimo não é o da racionalidade absoluta ou máxima, mas sim o da racionalidade limitada, [...], o nível de equilíbrio ótimo entre custos e resultados de exercício prático da racionalidade”¹³⁸. Explica Fernando Araújo que muitas vezes os agentes empregam a racionalidade limitada em contextos cujo custo da informação se apresente muito elevado, o que os levando a economizar na obtenção da informação “completa” em virtude de já estarem de posse de uma informação “satisfatória”, compatível com os atalhos de processamento da informação, que reduzem a complexidade do processo de decisão¹³⁹. Destarte, “o fato de os indivíduos serem apenas racionais até determinado ponto faz com que não

¹³² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 96.

¹³³ **Idem**, p. 98.

¹³⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

¹³⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; **Racionalidade Limitada**. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (coord) O que é análise econômica do direito – uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 67.

¹³⁶ GALA, Paulo. **A teoria institucional de Douglas North**. Revista de Economia Política. V. 23, n. 2 (90), abr-jun/2003, p. 94.

¹³⁷ NORTH, Douglas. **Structure and change in economic history**. New York: Norton, 1981, p. 49-50.

¹³⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.304-305.

¹³⁹ **Idem**, p. 305.

operem a estipulação contratual de todas as circunstâncias relevantes para a efectivação do contrato, tolerando a existência de ‘gaps’¹⁴⁰.

Não obstante, nas transações relacionadas à racionalidade limitada, a confiança que surge na formação da ideologia justifica o motivo pelo qual a racionalidade do agente pode levá-lo a escolher em favor de um resultado socialmente desejável, ainda que esse comportamento represente uma restrição na maximização do benefício individual do agente. Com isto, a conduta tomada a partir da confiança na ideologia (confiança no tráfego) pode contribuir para a formação de uma cultura de comportamentos baseada na cooperação e maximização de benefícios coletivos¹⁴¹¹⁴², “sendo sopesado a ideia da recuperação das perdas sociais em função de decisões maximizadoras da riqueza”¹⁴³.

No ramo empresarial, por sua vez, também se reconhece que o empresário não terá todas as informações relacionadas à transação e ao futuro. Em verdade, o empresário, partindo do pressuposto da sua racionalidade limitada, não se utiliza de cálculos utilitários, mas, sim, de práticas usualmente tidas como corretas (“*taken for granted*”)¹⁴⁴.

¹⁴⁰ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 292.

¹⁴¹ SONAGLI, Joseliane. **A eficiência econômica da recuperação judicial sob a perspectiva da nova economia institucional: o estado e a preservação da empresa**. 2016. 129 p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3420. Acesso em: 27 jul. 2017, p. 40.

¹⁴² Ganhos do mercado e dos agentes econômicos em virtude da racionalidade limitada: “Pense-se no quanto o ambiente de confiança (*trust*), tão crucial para a promoção da contratação, pode ser afectado pela insuficiência informativa e pela racionalidade limitada; nalguns casos será afectado negativamente, como sucederá por exemplo por causa da desconsideração <míope> do futuro, determinando atitudes extremas de oportunismo e de predação que se desinteressam das consequências em termos de retaliação e de degradação da retaliação contratual (as partes serão tentadas, por excessivo desconto do futuro, a antecipar as estratégias de <endgame>); noutros casos, a racionalidade limitada facilitará o estabelecimento da confiança e, através dela, a contratação, abrindo espaço: - para a persuasão, para sugestão, para o aliciamento, para a arte da negociação, para o condicionamento da vontade da contraparte através de efeitos de <framing> que predisponham à aceitação de termos contratuais; - para a concentração da atenção nos objetivos imediatos de uma conduta <goal dependent> através da hábil manipulação da <availability heuristic>; - para a tranquilização da contraparte através de um ostensivo apelo a normas extrajurídicas, usos, convenções, ou através da invocação da pertença comum a redes de influências, que recubram ambas um mais subtil apelo ao <status quo bias> da contraparte;”. ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 315-316.

¹⁴³ BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social**. direito, economia e desenvolvimento sustentável II. ISSN: 2526-0057, Brasília, v. 2, n. 1, p. 27-45, Jan/Jun. 2016, p. 43.

¹⁴⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 120-121.

Ao negociarem, as empresas celebram e executam contratos complexos objetivando cumprir a sua finalidade social. Os contratos mais simples implicam menores custos de transação, no entanto, podem ser mais incompletos e atrair maiores riscos. Estes custos dependem das condições ou fatores envolvendo as transações, nomeadamente a racionalidade limitada e a incerteza, o número de agentes envolvidos na transação e a perspectiva da ocorrência de comportamentos oportunistas. Estes fatores, de racionalidade e incerteza, tornam muito dispendiosa a previsão de eventos futuros e, conseqüentemente, a celebração de contratos de longo prazo. Nesta hipótese, a solução, segundo Maria Paula dos Reis Vaz Freire, seria internalizar os custos ou celebrar contratos em integração vertical¹⁴⁵¹⁴⁶. Alternativamente, segundo Paula Forgioni, a onerosidade excessiva seria a outra possibilidade para enfrentar a falta de informações e os custos de transação, inclusive nos contratos interempresariais:¹⁴⁷

Em definitivo, afora a hipótese de onerosidade excessiva, que flexibiliza o princípio da obrigatoriedade dos pactos, autorizando a revisão ou extinção do negócio e servindo de fundamento para eventual descumprimento do contrato e outros casos excepcionais disciplinados em lei, não há, no direito brasileiro, outra justificativa apta a afastar a alocação de riscos estabelecida entre as partes, em situações patrimoniais com simetria de informações entre os contratos¹⁴⁸.

Assim, a constatação de limitações comportamentais é fundamental para compreender que as trocas se realizam em um ambiente de confiança, cooperação e maximização de benefícios e, ainda, associam-se aos custos de transação, o que mantém os mercados imperfeitos e tornam necessária a presença das instituições fortes¹⁴⁹ para garantir o fluxo comercial eficiente. Nesta esteira, o instituto da onerosidade excessiva, utilizado com a devida cautela, serve para manter a confiança

¹⁴⁵ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 225-228.

¹⁴⁶ “Consideram-se verticais os acordos feitos ao longo de uma cadeia de produção ou de distribuição”. FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23 e 26.

¹⁴⁷ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 152-153.

¹⁴⁸ BANDEIRA, Paula Greco. **O contrato incompleto e a análise econômica do direito**. Quaestio Iuris, vol. 8, n. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015, p. 2696-2718, p. 2710.

¹⁴⁹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 120-121.

do mercado e permitir a fluidez regular das trocas em benefício não somente do indivíduo, mas também da coletividade (mercado).

3.3 CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Os custos de transação estão “sempre presentes e influem diretamente na interação entre os agentes econômicos, alternando as condições de negociação e, por conseguinte, de preço”¹⁵⁰. A relevância dos custos de transação para o direito parte da premissa de que as partes sempre buscarão a solução mais eficiente para a negociação, o que será alcançado se o custo de transação for zero ou próximo disto. Não obstante, utopicamente, isto só ocorrerá mediante (i) uma situação de informação perfeita e disponível, sem custos para as partes; (ii) concorrência perfeita; (iii) direito de propriedade inapropriável a terceiros, e (iv) racionalidade perfeita¹⁵¹.

Segundo Oliver Williamson, existem dois tipos de custos de transação que afetam os agentes econômicos: 1) os custos pré-contratuais, decorrentes da negociação e fixação dos termos dos contratos, e 2) os custos de manutenção da relação contratual¹⁵². A operação de troca contratual possui três etapas¹⁵³ e em todas elas os custos estão presentes: (1ª) custos para encontrar um parceiro comercial (contraparte); (2ª) custos de negociação, que consistem na tratativa (barganha) das partes concluída mediante esboço contratual, e (3ª) custos de *enforcement* (execução do contrato), que se iniciam após as fases de negociações e conclusão do contrato. Nesta fase, o contrato encontra-se em execução, monitorada pelas partes e sob a garantia de sanções contratuais¹⁵⁴.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

¹⁵¹ KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71-77, p. 71-72.

¹⁵² WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism**. New York, NY, USA: The Free Press, 1985, p. 388.

¹⁵³ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 142-143: “Classificam-se os custos de transação em *ex ante* e *ex post*, conforme ocorram antes ou após a celebração do negócio. Há custos de transação referentes à coordenação [*coordination costs*] e aqueles relacionados à motivação [*motivation costs*]. Os primeiros são os gastos próprios às negociações, incluindo a definição de suas condições [preço, prazo, época de entrega, etc.] e mesmo a busca de parceiros comerciais. Os custos de motivação podem ser apartados em dois principais tipos: [i] aqueles ligados à assimetria e à falta de completude da informação, quando as partes não conhecem todos os dados relevantes e necessários sobre a outra e sobre o negócio, e [ii] aqueles inerentes ao possível prejuízo decorrente do comportamento oportunista da outra”.

¹⁵⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016)**. *Berkeley Law Books*. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 88.

Os custos de transação serão considerados altos para produtos e serviços específicos/únicos e serão considerados baixos para produtos e serviços comuns/acessíveis¹⁵⁵. Na passagem dos custos de busca (1ª) para os custos de negociação (2ª), a informação disponível para as partes ganha “valor”, representando o próprio custo. A informação será considerada pública quando ambas as partes souberem seu valor: trata-se de um conhecimento “comum”. A informação será considerada particular quando apenas uma das partes souber seu real valor. Se as partes souberem dos riscos da negociação, poderão estabelecer um acordo razoável de cooperação recíproca, simplificando os termos do contrato. Geralmente este acordo cooperativo acontece quando as partes dispõem de informações públicas. Quando as informações são privadas, geralmente as negociações são mais difíceis e os termos do contrato se tornam mais complexos. Nas negociações privadas, as partes cedem apenas pouca informação; assim, a negociação é mais restrita e existe muito mais informação a se tornar pública, o que ocorre somente depois, com investimento¹⁵⁶.

As negociações se relacionam com a Teoria dos Jogos¹⁵⁷, na qual as partes tendem a cooperar quando seus direitos são claros e os riscos do negócio são públicos. Outro requisito adicional à negociação é a existência de partes plurais, ou seja, quanto maior o número de envolvidos, mais difícil será a resolução da negociação. Também existe o fator da “animosidade”, um critério emocional que pode interferir na escolha racional do agente econômico. Mesmo que o sentimento não seja negativo, mas seja “ganancioso” (lucro acima do razoável), este fator também poderá dificultar a superação desta fase¹⁵⁸.

¹⁵⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016)**. *Berkeley Law Books*. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 88.

¹⁵⁶ **Idem**, p. 89-90.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.127: “A teoria dos jogos analisa e ajuda a prever as estratégias racionais desses indivíduos, partir do conhecimento deles acerca das regras do jogo. [...]. A Teoria dos Jogos, tendo por objetivo prever as condutas e os comportamentos dos sujeitos racionais, municia o Direito de dados para que possa elaborar as “regras do jogo” da forma mais eficiente possível, levando em consideração que cada jogador escolherá sua conduta de acordo com uma estratégia que toma como ponto de partida as ações desejadas pela lei e as consequências em virtude do descumprimento. Há três pilares básicos para a Teoria dos Jogos: o jogo de soma zero, de Von Neumann; o dilema dos prisioneiros, de Albert W. Tucker; e o equilíbrio de Nash, de John Nash.

¹⁵⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016)**. *Berkeley Law Books*. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 89.

Chegando ao termo da negociação, as partes devem elaborar um contrato, que também representa um custo, afinal, devem ser antecipadas muitas contingências que podem surgir no curso da execução e que podem modificar as bases da negociação¹⁵⁹. Assim, “os contratos são indispensáveis à gestão de negócios decorrentes do exercício da atividade empresarial; a capacidade de previsão do empresário no que diz respeito aos seus efeitos repercutirá na elaboração dos preços e sucesso do empreendimento”¹⁶⁰.

Só não haverá custo nesta etapa se a operação for de troca simultânea. Para operações complexas, como em contratos de execução contínua e diferida, por exemplo, há custos, em geral menores se a obrigação protegida no contrato for “fácil” de ser observada e punida¹⁶¹. Por outro lado, se os custos forem altos, cumpre a intervenção jurídica para permitir a maior eficiência nas relações econômicas¹⁶².

Logo, para uma adequada avaliação de um contrato interempresarial, deve-se promover uma análise “com relação aos seus efeitos e à possibilidade de externalização, assim como mediante adoção de medidas de planejamento aptas a neutralizar custos que possam decorrer de tais efeitos externos”¹⁶³, de tal sorte que um contrato interempresarial será mais eficiente quanto menores forem os custos de transação associados ao processo para sua formação e execução.

3.4 FALHAS DE MERCADO

Em que pesem as limitações para a celebração dos contratos, não se pode perder de vista que sua ideia básica é a promoção estável de um programa combinado de condutas e “essa estabilidade constitui, por ela mesma, um incentivo: isso recomenda que os contratos sejam o mais completo possível, por forma a evitar-se as

¹⁵⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016)**. *Berkeley Law Books*. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 90.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Gestão de contratos empresariais: intervenção e desenvolvimento econômico e socioambiental. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. v. 7, n.7 (Jan/Dez 2007), Curitiba: UniBrasil, 2007, p. 174.

¹⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016)**. *Berkeley Law Books*. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 90.

¹⁶² **Idem**, p. 125.

¹⁶³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Gestão de contratos empresariais: intervenção e desenvolvimento econômico e socioambiental. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. v. 7, n.7 (Jan/Dez 2007), Curitiba: UniBrasil, 2007, p. 176.

<clareiras> dentro das quais se manifestam o oportunismo e os efeitos da assimetria informativa”¹⁶⁴. Estas circunstâncias são potencializadas em ambientes dominados pela heterogeneidade dos sujeitos e pelo caráter privado das preferências não reveladas, eventualmente perpetuados por equilíbrios instáveis que favoreçam a generalização tanto do oportunismo como dos efeitos da assimetria informativa¹⁶⁵.

As falhas de mercado são circunstâncias que, quando implementadas, permitem a manipulação do mercado competitivo de modo que alguns indivíduos obtenham uma vantagem a partir de práticas anticompetitivas, com a geração de custos para a coletividade e para o próprio tráfego comercial. Nas relações contratuais, nem sempre será possível o resultado mais eficiente, pois os mercados não são perfeitos. Existem falhas de mercado como concorrência imperfeita, monopólios, externalidades, custos de transação; assim, o papel do Direito é minimizar seus efeitos em prol da maximização da eficiência até o nível paretiano ótimo¹⁶⁶, ou seja, atendendo ao desejo contratual das partes de melhorar sua respectiva situação em comparação ao cenário pré-contratual, sem perder de vista o reflexo de efeitos positivos para a sociedade.

Estas operações ineficientes devem ser consideradas e dirimidas pelo mercado ou pelo Estado, com intervenção moderada apenas e tão somente quando as relações econômicas não promoverem o resultado mais eficiente¹⁶⁷ ou estiverem sendo realizadas práticas anticoncorrenciais que resultem em risco social excessivo. As falhas de mercado que mais impactam os contratos e que podem gerar onerosidade excessiva são de duas ordens: (i) assimetria de informação e (ii) oportunismo, que serão tratadas a seguir.

3.4.1 Assimetria de informação

A assimetria da informação “é um entrave à obtenção de relações econômicas mais eficientes”¹⁶⁸ e existe quando “uma das partes contratantes possui muito mais

¹⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 185.

¹⁶⁵ **Idem**, p. 185-186.

¹⁶⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 108-109.

¹⁶⁷ **Idem**, p. 107-108.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.

informação do que a outra”¹⁶⁹. Sobre os custos da informação serem uma realidade a ponto de tornar ineficiente sua busca e sobre a existência da assimetria informativa, discorre Fernando Araújo¹⁷⁰:

O crescente reconhecimento de que os custos de obtenção de informação não são despiciendos e podem tornar ineficiente a busca da informação completa, o reconhecimento das vantagens estratégicas ínsitas, seja na <ignorância racional> (o grau óptimo de informação incompleta), seja na exploração da <ignorância racional> da contraparte, e, mais importante ainda, o reconhecimento de que os custos da informação são custos de oportunidade, e são os mesmos custos de oportunidade que são ultrapassados pelas vantagens da divisão social de trabalho e da especialização, tudo isso (e outros factores ainda, que referiremos) levou a que se aceitasse, ou a que não pudesse recusar-se, a complicação da assimetria informativa.

Os mercados trabalham com informações imperfeitas, pois as informações são custosas (custo financeiro ou custo temporal) ou impossíveis de serem obtidas e, mesmo diante destas circunstâncias, os agentes podem optar por celebrar a contratação. Assim, o custo da informação, por si só, não pode virar argumento da contraparte em favor da onerosidade excessiva. É necessário realizar uma análise na complexidade da assimetria informativa, como, por exemplo, “o pressuposto de neutralidade ao risco, o da plena observância das condutas das partes, o da elevada elasticidade das partes a incentivos, e nomeadamente aos termos do clausulado contratual, dentre outros”¹⁷¹.

Relembre-se do profissionalismo do agente econômico a presunção de que este deve estar apto a realizar os negócios, detendo as informações necessárias ou tendo consciência de que deveria ter diligenciado para tal fim a um custo razoável. O tráfego comercial não determina a disposição de todas as informações, mas apenas que o agente econômico diligencie com esforço razoável para obter as informações e que a contraparte não omita informações relevantes sobre o negócio a ser celebrado. A prestação de informações segue a mesma lógica da boa-fé objetiva, ou seja, devem ser reveladas e tomadas informações de quantidade e qualidade de dados normalmente oferecidos em negociações semelhantes. Partindo da pressuposição

¹⁶⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. *In. Revista de Direito Público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n. 24, out/dez, 2008. Disponível em <<http://www.bidofrum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd-55963>>. Acesso em 29, jul. 2017, p. 14.

¹⁷⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281.

¹⁷¹ No mesmo sentido: “Como em qualquer processo de decisão, a recolha de informação tem que ser interrompida num qualquer momento crítico – sob pena de, eternizando-se, impedir a acção que essa informação deveria servir”. *Idem*, p. 282.

objetiva do nível ideal de informação do agente em cada contratação, ao direito comercial resta disciplinar questões complexas¹⁷².

Em um mercado de “concorrentes”, a assimetria de informações pode representar um fator positivo para a competição, pois reflete a estratégia adotada pelo agente econômico em busca de maior eficiência. No entanto, em um mercado entre fornecedores de produtos e serviços a consumidores, a assimetria informacional pode ser prejudicial, pois estes permanecerão sem a informação real sobre a qualidade dos produtos e, por conseguinte, exercerão seu direito de escolha de modo distorcido, em cujo caso os impactos no mercado podem ser absolutamente prejudiciais, sobretudo nos critérios de reputação do consumidor¹⁷³. Portanto, não é possível igualar a assimetria informacional de relações envolvendo consumidores e a assimetria envolvendo as partes empresárias.

Um desequilíbrio de conteúdo informativo é capaz de resultar em “desequilíbrio da capacidade de barganha e sobreposição de interesses em uma relação entre dois sujeitos em torno de bens e/ou valores. Este tipo de situação aumenta demasiadamente na medida em que se ampliam o poder econômico e o poder de mercado”¹⁷⁴. Assim, sob regime de competição, as normas de defesa da concorrência poderão estabelecer limites à assimetria da informação presente entre agentes econômicos, como forma de preservar a competitividade.

O desequilíbrio informativo e a necessidade de adaptação ditada pela alteração de circunstâncias faz surgir duas formas de assimetria informacional: *ex-ante* (pré-evento), que está relacionada ao conceito de “seleção adversa”, e *ex-post* (pós-evento) que se refere ao conceito de risco moral¹⁷⁵.

A seleção adversa aduz que um agente econômico envolvido em uma transação comercial conhecerá algo sobre suas próprias características que não estão aparentes para a contraparte, isto é, uma informação escondida.¹⁷⁶ O exemplo

¹⁷² FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161-163.

¹⁷³ GABAN, Eduardo Molan. **Assimetria da informação e barreiras à livre concorrência**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 11/2004, p. 83 - 106 | Jan / 2004 | DTR\2011\1975, p. 2

¹⁷⁴ **Idem**, p. 6-7.

¹⁷⁵ GARCIA, Fabio Gallo. **Verificação da existência de Assimetria de Informações no processo de emissão de ações no mercado brasileiro ‘uma forma de medir a importância da estrutura de ativos de empresas**. Tese de doutorado em Administração de Empresas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2002, p. 26.

¹⁷⁶ GARCIA, Fabio Gallo. **Verificação da existência de Assimetria de Informações no processo de emissão de ações no mercado brasileiro ‘uma forma de medir a importância da estrutura de**

clássico é o do vendedor de carros usados que sabe muito mais sobre as qualidades e defeitos do veículo que o comprador, que só enxerga o embelezamento aparente e, portanto, não pode mensurar estes defeitos ocultos no preço, como no famoso texto envolvendo o “mercado de limões”:

Gresham's law has made a modified reappearance. For most cars traded will be the “lemons”, and good cars may not be traded at all. The “bad” cars tend to drive out the good (in much the same way that bad Money drives out the good). But the analogy with Gresham's law is not quite complete: bad cars drive out the good because they sell at the same price as good cars: similar, bad Money drives out because the Exchange rate is even. But the bad cars sell at the same price as good cars since it is impossible for the buyer to tell the difference between a good and a bad car; only the seller knows. In Gresham's law, however, presumably both buyer and seller can tell the difference between good and bad Money. So the analogy is instructive, but not complete¹⁷⁷.

Da seleção adversa emerge o risco moral, que “ocorre naquelas situações em que determinado agente, de posse de uma informação privada, toma atitudes que podem afetar negativamente o outro agente. É a oportunidade de extração de rendas através da exploração de uma assimetria informativa que permite a parte iludir a contraparte, transmitindo informações que lhe desonerem e que a contraparte não tenha capacidade de provar¹⁷⁸. Exemplo desta situação ocorre quando se contrata um seguro, pois a parte contratante tende a adotar menos cuidado em razão da cobertura que contratou.

Na relação contratual, a insuficiência informativa não chega a constituir um problema; porém, as consequências podem ser nefastas conforme o desenvolvimento do contrato, pois, ou ele sobrevive ao inacabamento informativo ou não sobrevive, e, neste caso, a menos que a integração contratual seja resgatada, a relação ficará

ativos de empresas. Tese de doutorado em Administração de Empresas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2002, p. 26.

¹⁷⁷ Tradução livre: “A lei de Gresham fez uma reparição modificada. Para a maior dos carros comercializados, serão os “limões”, e pode, que nenhum dos carros bons sejam negociados. Os carros “ruins” tendem a expulsar o bom (da mesma forma que o dinheiro ruim expulsa o bom). Mas a analogia com a lei de Gresham não é totalmente completa: carros ruins expulsam o bom, porque são vendidos pelo mesmo preço dos carros bons, similarmente, dinheiro ruim expulsa o bom, porque a taxa de câmbio é a mesma. Mas os carros ruins são vendidos ao mesmo preço que os carros bons, uma vez que é impossível para o comprador dizer a diferença entre um carro bom e um ruim, apenas o vendedor sabe. Na lei de Gresham, no entanto, provavelmente o comprador e o vendedor podem dizer a diferença entre o dinheiro bom e o ruim. Assim, a analogia é instrutiva, mas não é completa. AKERLOF, George. *The Market of “Lemons”: Quality uncertainty and the Market mechanism.* *The quarterly Journal of Economics*, 84 (3), 1970, p. 490.

¹⁷⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 289.

debilitada, convertendo-se em um custo de transação, diminuindo a eficácia dos incentivos que promoveriam a harmonização dos interesses e condutas das partes¹⁷⁹.

Nas relações empresariais, a assimetria de informações que marca o processo da seleção adversa representa um problema e dificulta a tomada de decisões eficientes em processos de transferência que envolvem, por exemplo, a fusão, aquisição, trespasse, transferência de tecnologia, entre outros¹⁸⁰ e elevam os custos de transação com atitudes preventivas. Por isto, devem ser adotadas medidas institucionais capazes de inibir o comportamento desonesto, uma vez que, sem a confiança, haverá reflexo negativo (custoso) no preço para a realização dos negócios, prejudicando o tráfego mercantil. Assim, se o agente econômico tiver interesse em manter o pacto contratual para futuras transações com a mesma parte, tenderá a reduzir a escolha baseada no comportamento individual de obter uma vantagem excessiva a partir das informações privilegiadas de que possui. Desta forma, o reconhecimento da importância de futuras negociações é um importante incentivo para a busca do equilíbrio e para afastar o risco moral e a seleção adversa¹⁸¹.

Outrossim, considerando que o sistema jurídico não resguarda as partes das falhas de mercado, existem formas de compensá-las ou remediá-las: ajustando o preço em função da distribuição de risco; estabelecendo deveres de transparência ou de diligência, recurso às instituições jurídicas, apoio nas normas sociais ou até a confiança em novas tecnologias susceptíveis de reduzirem os custos da informação. Ainda sobre este tópico, existe a “sinalização, que é o contorno da superação das limitações contratuais por meio da busca de informações pela parte contratante. A garantia sinalizadora opera um partilhamento de informações; desta forma, com o aumento da informação, permitir-se-á maior adaptação das estipulações aos interesses e disposições negociais, aproximando os preços e demais condições contratuais de um equilíbrio que reflita os riscos envolvidos na operação¹⁸².

¹⁷⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 282-283.

¹⁸⁰ **Idem**, p. 49.

¹⁸¹ SONAGLI, Joseliane. **A eficiência econômica da recuperação judicial sob a perspectiva da nova economia institucional: o estado e a preservação da empresa**. 2016. 129 p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016 Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3420. Acesso em: 27 jul. 2017.

¹⁸² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 292-294.

3.4.2 Oportunismo – *Hold up* e *Hold out*

O oportunismo é outra falha de mercado que gera dificuldades para o agente econômico, sendo “uma subespécie das falhas de coordenação, que são todas aquelas situações em que se frustra um ganho comum cuja realização dependeria de uma alteração da conduta de todos os participantes dentro de um determinado grupo”¹⁸³. O agente, tendo consciência de seu papel na relação negocial, por astúcia ou força, “tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante – as quase rendas que cada parte considera quando da sua conclusão”¹⁸⁴.

O *hold up* é a tomada de um refém na relação contratual, que, no caso, é a contraparte. A condição de refém pode ocorrer quando a parte já cumpriu sua obrigação e seu parceiro contratual injustificadamente deixa de cumprir a sua, ou quando realiza investimentos esperando o mesmo da contraparte e esta não o faz ou ameaça não fazer¹⁸⁵

A primeira vulnerabilidade que propicia o comportamento *hold up* é a do contrato celebrado sem precaução, salvaguardas, sanções. A segunda vulnerabilidade é a conduta das partes na produção do resultado contratual. Se a parte sabe que sua conduta é relevante, poderá se comportar de forma a buscar uma vantagem oportunista. A terceira vulnerabilidade é a complementaridade dos recursos dispostos no contrato: se eles se encontram acessíveis como uma “fonte” para uma das partes, esta pode condicionar a disponibilização deste para realização do pagamento da sua participação¹⁸⁶.

O comportamento oportunista ao longo das relações contratuais, seja de maneira abrupta ou velada, aumenta os custos de transação, chegando a prejudicar as trocas¹⁸⁷ e, conseqüentemente, o tráfego comercial. Para rechaçar a conduta oportunista, a parte refém pode adotar um comportamento estratégico de cumprir com parcimônia os termos do contrato, interrompendo o aporte em novos investimentos, prolongando condutas devidas e empurrando a relação para o equilíbrio de Nash, um

¹⁸³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 634.

¹⁸⁴ MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 422.

¹⁸⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 632-633.

¹⁸⁶ **Idem**, p. 636-634.

¹⁸⁷ MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 423.

ideal de eficiência¹⁸⁸. Também é possível que a parte tomada como refém pratique o jogo do ultimato, que consiste no espelhamento de estratégias, cooperativas ou egoístas, com intuito de conduzir o contrato ao jogo de soma zero ou à retomada do equilíbrio contratual¹⁸⁹.

Outrossim, na medida em que a contraparte identifique a possibilidade de ocorrer o *hold up*, o potencial refém pode negociar a redução do preço para que seja aproximado ao nível contratual. Em relações contratuais, o objetivo é evitar que prestações não simultâneas sejam perdidas ou não remuneradas. Desta forma, o contrato inacabado pode se tornar crítico se os investimentos, em razão de sua especificidade, nível ou titulares, gerarem um efeito de *lock in*, que expõe o investidor ao oportunismo da contraparte e cria o impasse do *hold up*. Assim, o objetivo de estipularem-se sanções contratuais é justamente incentivar as partes a cumprir o objeto contratual. Para evitar o comportamento oportunista, as estruturas de governo podem contribuir forçando o equilíbrio *ex ante*, impondo a prestação de uma caução ou determinando o cumprimento simultâneo das obrigações, ou seja, colocando a contraparte na posição de refém¹⁹⁰.

O *hold out*, por sua vez, consiste na “recusa de contratar por parte daquele que se apercebeu da situação do monopolista em que foi colocado pelo interesse da contraparte. [...] é a proposta, sob forma de ultimato (de <pegar ou largar>)”. Para exemplificar, a parte tem conhecimento de que sua participação será determinante para atingir um resultado e a precifica, gerando, portanto, um comportamento oportunista que somente será possível em ambientes de monopólio ou de elevados custos de transação; caso contrário, o refém poderá procurar soluções diferentes para o seu objetivo¹⁹¹.

Assim, o oportunismo consiste em um comportamento estratégico caracterizado pela busca da satisfação do interesse próprio com a utilização de artimanhas. No contexto contratual, aproveitando-se de vacuidade, incompletude ou falta de coercibilidade de alguns elementos negociais, uma parte busca a exploração da outra para maximizar seus benefícios¹⁹².

¹⁸⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 639.

¹⁸⁹ **Idem**, p. 638.

¹⁹⁰ **Idem**, p. 633-649

¹⁹¹ **Idem**, p. 660.

¹⁹² COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 71

No que tange à onerosidade excessiva, o oportunismo pode surgir com comportamentos de *hold up e lock in*, com recebimento do pagamento e recusa na prestação sob alegação de alteração superveniente e imprevisível das circunstâncias, por exemplo, obrigando a uma revisão do contrato. Em sentido oposto, o *hold out* pode ocorrer se for verificada uma situação imprevisível e onerosa na prestação e a contraparte realizar uma análise extremamente cautelosa, tornando morosa a possibilidade de renegociação do contrato, ou com a exacerbação das consequências de uma alteração de circunstâncias fáticas. A este respeito, “a corrente jurisprudencial que, interpretando o art. 214 do Código Comercial¹⁹³, sempre obrigou o vendedor a fazer a coisa alienada ‘boa, firme e valiosa’ para o comprador, mesmo após a transferência da propriedade, visa a coibir o risco moral”¹⁹⁴, afastando o oportunismo e reforçando o dever de cumprimento contratual.

3.4.3 Externalidades

A existência de externalidades foi estudada por Ronald Coase, partindo das constatações de Arthur Cecil Pigou a respeito dos custos marginais privados e sociais a elas relacionados¹⁹⁵.

As externalidades negativas impõem uma parcela do custo de uma atividade a um terceiro não envolvido na relação, e as externalidades positivas, ao contrário, dão-lhe uma vantagem não compensada em face de quem produz. Desta forma, os bens produzidos são ofertados com má alocação de recursos, pois na externalidade negativa o preço da atividade não reflete o custo social imposto à coletividade¹⁹⁶, sendo que o preço final não reflete o valor real do custo para a sua produção.

¹⁹³ Art. 214. O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título, possa pertencer a terceiro. BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, RJ, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁹⁴ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 167.

¹⁹⁵ COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. Disponível em: <<http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 1.

¹⁹⁶ MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

Para Ronald Coase, o custo social deve ser “internalizado”, ou seja, deve compor o preço final, e o custo social das externalidades deve ser solucionado de forma mais eficiente por aquele que estiver em melhor posição, não necessariamente o ofensor¹⁹⁷¹⁹⁸. O custo social pode até mesmo ser partilhado entre o ofensor e a coletividade, afinal, a coletividade também é beneficiada pela atividade privada¹⁹⁹.

O papel do direito frente às externalidades negativas é exposto por Vasco Rodrigues ao destacar que algumas decisões podem ser individualmente vantajosas e eficientes, porém geram um custo social e podem não ser eficientes do ponto de vista coletivo. Desta forma, o papel do direito é regular a eficiência das atividades para maximizar a eficiência no plano coletivo-social e minimizar as externalidades negativas²⁰⁰. A partir dessa premissa, no processo de interpretação que envolve os contratos interempresariais, a análise deverá levar em consideração não somente as relações de lucro e prejuízo das partes, mas a sanidade do mercado como um todo, ou, como dito acima, o plano coletivo-social.

Na análise de quem suportará os custos das externalidades, as consequências econômicas devem ser minuciosamente verificadas sob pena de inviabilizar a atividade privada, que são de extrema relevância para o desenvolvimento econômico²⁰¹. Frise-se, a ação estatal serve para corrigir as falhas de mercado e

¹⁹⁷ COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. Disponível em: <<http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 2.

¹⁹⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 119.

¹⁹⁹ COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. Disponível em: <<http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 18.

²⁰⁰ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 42-44.

²⁰¹ No original: “All solutions have costs and there is no reason to suppose that government regulation is called for simply because the problem is not well handled by the market or the firm. Satisfactory views on policy can only come from a patient study of how, in practice, the market firms and governments handle the problem of harmful effects. Economists need to study the work of the broker in bringing parties together, the effectiveness of restrictive covenants, the problems of the large-scale real-estate development company, the operation of government zoning and other regulating activities. It is my belief that economists, and policy-makers generally, have tended to over-estimate the advantages which come from governmental regulation. But this belief, even if justified, does not do more than suggest that government regulation should be curtailed. It does not tell us where the boundary line should be drawn. This, it seems to me, has to come from a detailed investigation of the actual results of handling the problem in different ways”. COASE, Ronald. H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. Disponível em: <<http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 16-17.

buscar a alocação ótima de recursos, da maneira mais favorável e mais eficiente possível²⁰².

No entanto, para Ronald Coase, a intervenção estatal no direito privado em regra não conduzirá à melhor forma de eliminar ou reduzir as externalidades. A solução mais adequada seria abrir para as partes a possibilidade de negociação de modo que a reparação recaia sobre aquela cuja ação seja menos custosa, desde que a negociação não represente um custo elevado de transação²⁰³.

Os contratos interempresariais estão inseridos em um contexto econômico, social e jurídico e, por isso, não estão imunes aos efeitos da economia para a sociedade e, neste segmento contratual, os reflexos não são identificáveis com a mesma facilidade que ocorre em outros contratos. Por isto, a escassez e as características dos bens de produção permitem que se dê um tratamento diferenciado aos contratos empresariais em razão de sua relação mais clara com terceiros²⁰⁴. Desta forma, sobrevivendo a onerosidade excessiva em razão da crise econômica, por exemplo, as externalidades são sentidas não somente pelos credores, mas também por toda a coletividade que os contratos interempresariais envolvem, tendo em vista que a insegurança decorrente da crise apresenta consequências como aumento na taxa de juros e rigor no mercado de crédito²⁰⁵, além de proteção do capital frente ao risco (aversão).

Como já foi dito, a função social secundária do Direito é corrigir falhas de mercado para permitir que as partes atinjam sua utilidade máxima. Para tanto, ele tutela a estrutura de mercado e do ambiente em que os contratos são realizados; contudo, a distribuição de riqueza entre as partes em sua devida proporcionalidade deve ser respeitada²⁰⁶. A respeito desta finalidade econômica do contrato, em casos de revisão judicial de contratos de venda antecipada de soja, o Superior Tribunal de

²⁰² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 93-94.

²⁰³ RIBERIO, Marcia Carla Pereira; AZOIA, Viviane Thais. **A função social dos contratos e as externalidades: Uma análise econômica**. Revista do Mestrado em Direito, Brasília, V. 10, n. 2, p. 1-29, jul-dez, 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/7595/4774>>. Acesso em: 18 dez, 2017, p. 22.

²⁰⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Gestão de contratos empresariais: intervenção e desenvolvimento econômico e socioambiental. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. v. 7, n.7 (Jan/Dez 2007), Curitiba: UniBrasil, 2007, p. 172.

²⁰⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 207.

²⁰⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica**. RIDB, Ano 1 (2012), n. 6, 3733-3789, p. 37.

Justiça ponderou que a função social não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Assim, ao efetivar promessa de venda futura, o produtor deve calcular todos os custos em que poderá incorrer: tanto os do contrato como aqueles derivados das condições da lavoura²⁰⁷.

O caso é analisado por Luciano Timm e pondera a eficiência econômica da decisão. Trata-se de financiamento da produção de soja realizado com capital privado. Os investidores comprovam a produção de maneira antecipada e, com isto, o produtor se capitalizava para realizar o plantio que deveria ser entregue no ano seguinte. De um ano para o outro, houve uma valorização surpreendente da soja que ensejou o ajuizamento de ações visando à revisão do preço em virtude da imprevisibilidade deste evento e também pela vedação ao enriquecimento ilícito. Deste modo, postularam a suspensão da entrega dos produtos (soja) até decisão final sobre o caso. Nas duas primeiras instâncias, os produtores saíram vencedores para obter a revisão do preço; o Superior Tribunal de Justiça, porém, reverteu as decisões e determinou o cumprimento das obrigações conforme os termos contratados. Não obstante, nesse ínterim os investidores endureceram as regras para aquisição antecipada e passaram a considerar um novo risco para os contratos, que refletiu em seu custo e, por consequência, na coletividade (produtores e consumidores).²⁰⁸

Deste modo, defende-se que a intervenção deve ocorrer de forma moderada, pois, ao contrário, gerará instabilidade jurídica e insegurança para o ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes com a negociação e cumprimento dos contratos, podendo, também, originar externalidades negativas para terceiros²⁰⁹.

Assim, caso a crise econômica e seus reflexos restem considerados imprevisíveis, merecerão a devida atenção das partes empresárias, pois “sua não eventualidade naturalmente faz com que seus contratos sejam os mais afetados pelas externalidades”²¹⁰. Se estiverem presentes os requisitos, a intervenção judicial ocorrerá para proteção das partes, internalizando os impactos negativos da crise de

²⁰⁷ REsp 803.481-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 28.06.2007, DJ 01.08.2007, p. 462; 3ª T., REsp 783.404-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 364;

²⁰⁸ TIMM, Luciano Benetti. **Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica**. RIDB, Ano 1 (2012), n. 6, 3733-3789, p. 37.

²⁰⁹ **Idem**.

²¹⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Gestão de contratos empresariais: intervenção e desenvolvimento econômico e socioambiental. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. v. 7, n.7 (Jan/Dez 2007), Curitiba: UniBrasil, 2007, p. 175.

maneira a permitir o cumprimento do contrato e a geração dos benefícios individuais e sociais.

3.5 INCOMPLETUDE CONTRATUAL

Para a AED, uma importante característica dos contratos é que estes sempre serão incompletos, o anverso do contrato completo ou *fully specified contract*, “corresponde ao contrato hipotético, cujo conteúdo especifica todas as possíveis circunstâncias, presentes ou futuras, que possam vir a ter reflexos na relação contratual e as consequências da sua verificação”²¹¹:

Se tivéssemos que escolher as contribuições mais originais e férteis da Análise Econômica para a Teoria do Contrato, num lugar cimeiro colocaríamos decerto a intuição da chamada <*Incomplete – Contract Theory*> sobre as vantagens do < contrato incompleto> e a ponderação dos seus inúmeros corolários, entre eles a colocação do instrumento contratual numa posição intermédia entre, por um lado, o recurso ao mercado e ao seu mecanismo de puros incentivos, e por outro lado o recurso a soluções integradas, com os seus mecanismos de comando e de dissipação do risco – associando a opção contratual e, dentro dela, a opção sobre o acabamento do clausulado contratual, a uma espécie de opção implícita entre <incentivo> e < seguro>²¹².

Um contrato só poderá ser considerado completo quando for capaz de especificar todas as imperfeições e assimetrias informativas das obrigações das partes em face de todas as contingências, permitindo o melhor resultado possível e fornecendo a possibilidade de resolução de conflitos que surjam durante sua execução²¹³. Assim, as partes devem considerar toda e qualquer eventualidade capaz de afetar o cumprimento do contrato e qual dos contratantes suportaria as consequências de verificá-la, bem como determinar o remédio cabível²¹⁴.

A incompletude decorre da impossibilidade de se pressuporem todos os acontecimentos ou eventos ou “estados de mundo” que podem ocorrer na fase de execução contratual. O “estado de mundo” significa o conjunto de eventos exógenos, ou seja, além do controle previsível das partes, capazes de influenciar os incentivos

²¹¹ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente das** circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 59.

²¹² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147.

²¹³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 289.

²¹⁴ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente das** circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 59.

dos contratantes e, por consequência, o resultado e a execução do contrato. O estado de mundo caracteriza-se pela incerteza quanto à sua dinâmica e seu valor²¹⁵.

De acordo com Fernando Araújo, é uma constatação empírica e consensual que a negociação nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, “nomeadamente a descrição mais exaustiva do objeto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos <standards> de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso”²¹⁶.

São duas as causas de incompletude nos contratos. A primeira está na essência do processo decisório que é conduzido não pelo *Homo oeconomicus*, mas, sim, por seres humanos, sujeitos às limitações inerentes a qualquer processo decisório, como a eventual incompletude e imperfeição de suas fontes de informação e as limitações cognitivas de análise da informação e influência de decisões anteriores²¹⁷. No âmbito contratual, a racionalidade limitada estará na não-regulação de uma dada matéria contratual pelas partes por desconhecimento da informação onde se alicerça a necessidade da regulação, por mero esquecimento (se a matéria já era previsível no momento da celebração do contrato) ou por força da natureza imprevisível do acontecimento superveniente que veio a gerar a necessidade de regulação²¹⁸.

Sobre a presença destas lacunas informativas em contratos interempresariais, Maria Paula dos Reis Vaz Freire expõe que a organização empresarial não surgiria em um ambiente de informação perfeita e de custos de transação zero, pois as “empresas formam-se quando não se verifica um, ou ambos, dos seguintes pressupostos: a realização de contratos completos e a simetria informativa”²¹⁹²²⁰.

²¹⁵ CLERICO, Giuseppe. *Incompletezza del contratto e responsabilità delle parti*. In *Rivista critica del diritto privato*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene S.R.L., n. 3, ano 23, p. 593, nota 1, set. 2005.

²¹⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148.

²¹⁷ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Almedina, Coimbra, 2017, p. 61.

²¹⁸ *Idem*, p. 62.

²¹⁹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 288.

²²⁰ Sobre contrato completo e simetria informacional. *Idem*: “A celebração de um contrato completo significa que as partes podem prever todas as contingências possíveis e que podem, sem custos, reduzir a escrito essas previsões e os comportamentos que, perante elas, devem ser adoptados. Por seu turno, a simetria informacional pressupõe que os intervenientes numa transacção tenham o mesmo nível de conhecimento sobre a realidade, o mesmo tipo de incentivos ou motivações.

A segunda causa de incompletude contratual refere-se aos custos de transação implicados numa negociação exaustiva. A busca por um contrato completo pode esbarrar na necessidade de uma peculiar ponderação do custo vs benefício de se obterem todas as informações²²¹ capazes de retirar a eficiência pressuposta daquele pacto; no entanto, “as partes podem até equacionar integrar alguns tipos de cláusulas ao contrato, mas são impelidos a não o fazer pela onerosidade, ou incapacidade de previsão”²²².

As relações comerciais apresentam uma conexão direta e proporcional com os custos de transação implicados pelo processo de negociação, pela efetiva celebração e pela fiscalização da execução do contrato. As elevadas complexidade e incerteza atreladas aos custos para o respectivo processamento de tais informações podem exceder as vantagens que obteriam do negócio. Diante disto, as partes fazem a opção consciente e voluntária de se absterem de regular uma determinada situação. Enquadram-se, aqui, as situações de cuja possibilidade de materialização futura as partes têm consciência; porém, considerando a reduzida probabilidade de ocorrência do evento e os custos de obter elementos necessários para tomar uma decisão informada sobre a regulação e o risco do dissenso, tais situações podem levar as partes a se arriscar em um contrato incompleto²²³.

No âmbito econômico, o inacabamento contratual representa uma insuficiência na especificação das situações emergentes do contrato, com possibilidade de repercutir em níveis indesejáveis de litigiosidade. Contudo, há dois sentidos que devem ser considerados, quais sejam, o inacabamento deliberado em que as partes reservam a possibilidade de explorar o inacabamento no futuro (de boa ou má-fé) ou o inacabamento estrutural, que significa a margem de incerteza que acompanha as relações duradouras e se relaciona com as circunstâncias impossíveis de serem previstas em razão da impossibilidade física (racionalidade limitada) ou financeira (custos próximos do resultado contratual ou superiores a eles)²²⁴.

²²¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148.

²²² FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008, p. 291.

²²³ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente das circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 63-64.

²²⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 156-158: “O do inacabamento deliberado ou estratégico (aquele que honestamente visa alcançar um nível ótimo de complemento ou aquele que maliciosamente visa deixar interstícios no clausulado para serem explorados ex post) – também por vezes designado como inacabamento contratual <endógeno>. O do inacabamento estrutural, ou seja aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as

Em sentido semelhante, Robert Cooter e Thomas Ulen mencionam que o inacabamento contratual pode ser voluntário (estratégico) ou involuntário (assimetria informacional). A título de ilustração, um contrato pode não dizer nada sobre a possibilidade de que um sequestro feche o aeroporto e isso impede o vendedor de fornecer mercadorias pontualmente. Talvez as partes deixem esta lacuna no contrato por não preverem a possibilidade de um sequestro. Os riscos remotos não justificam o custo da negociação e elaboração das condições para que sejam alocados, ou uma lacuna deliberada por ser deixada no contrato por razões psicológicas, como, por exemplo, quando um casal promete se casar e silencia sobre a possibilidade de divórcio²²⁵.

Assim, as partes podem optar pela elaboração de um contrato intencionalmente incompleto, com cláusulas de regulamentação rígidas, com distribuição de riscos precisos e inalteráveis, independentemente de quaisquer interferências no equilíbrio do contrato decorrentes de alterações supervenientes, como um contrato de compra e venda que não variará em função de quaisquer alterações nos custos de produção causadas, por exemplo, pelas matérias-primas. Neste modelo, as partes se sentirão motivadas a empreender investimentos específicos na relação, tomando medidas preventivas de redução dos riscos, nos termos que lhes compete suportar. Alternativamente, as partes podem optar por redigir o contrato com cláusulas flexíveis, dependentes de acordo por decisão ulterior das partes ou por materialização de determinada circunstância. A vantagem desta modalidade é a adequação, com a eficiência *ex ante* e *ex post* e manutenção dos interesses jurídicos das partes. Não obstante, existe o risco de as partes se comportarem oportunisticamente para adaptar o contrato apenas para seu próprio benefício e não em prol da manutenção de seu equilíbrio inicial²²⁶.

Ante a realidade das relações comerciais, a incompletude contratual pode ser considerada como um fenômeno multifatorial heterogêneo, podendo um mesmo contrato reunir várias incompletudes alicerçadas em causas distintas e

relações contratuais não-instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver (aquilo que o próprio direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situações de alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente”.

²²⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, "**Law and Economics, 6th edition**" (2016). *Berkeley Law Books*. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 223.

²²⁶ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente das** circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 67-71.

simultaneamente em mais de uma causa, como, por exemplo, no raciocínio econômico para uma das partes e nos limites de racionalidade para a outra. Sendo assim, esta característica resta presente em contratos interempresariais em razão da complexidade das operações e dos elevados custos. Por este motivo, a incompletude tem sido considerada como uma característica necessária destes contratos por lhes conferir a flexibilidade indispensável para sua sobrevivência e adaptações de seu *status quo*²²⁷.

Assim, com base na presença relevante dos custos de transação e na racionalidade limitada das partes acerca de um futuro evento estrutural ou involuntário, em que pese o profissionalismo e a boa-fé das partes empresárias, o contrato resta incompleto. Por isto, permite-se a abertura do regulamento contratual com superveniência de alteração das circunstâncias que ensejaram a realização do negócio²²⁸, desde que a onerosidade seja decorrente de fatos que extravasem a álea normal do negócio realizado.

²²⁷ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente das** circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 67.

²²⁸ BANDEIRA, Paula Greco. **O contrato incompleto e a análise econômica do direito**. Quaestio Iuris, vol. 8, n. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015, p. 2696-2718, p. 2705.

4 REVISÃO DOS CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

A evolução dos contratos na história é resultado de uma transmutação da economia de escambo para uma economia monetária em que as circunstâncias supervenientes da vida social e econômica podem influenciar o patrimônio material e moral do indivíduo, que passa a buscar um equilíbrio no valor da contraprestação²²⁹. No entanto, a celebração de contratos é rodeada de diversas circunstâncias que por vezes se alteram em razão de incertezas econômicas que orbitam as variáveis endógenas²³⁰ ou exógenas²³¹, podendo ocasionar a onerosidade contratual e desequilibrar a equidade contratual.

Com isto, tanto o equilíbrio relativo das prestações quanto o escopo contratual podem ser afetados, seja com a desvantagem superveniente de uma das partes ou quando a regulação derivada do contrato for afetada em seu sentido inicial²³². Nestas condições, “compreende-se que seja estéril qualquer tentativa de retirar, dos preceitos legais dedicados à alteração das circunstâncias, um sentido útil, com recurso às regras tradicionais de interpretação da lei”²³³.

O ordenamento jurídico apresenta resposta legislativa nos artigos 478 a 480 do Código Civil para permitir a revisão ou resolução do contrato. Deste modo, é relevante estudar a referência italiana do instituto da onerosidade excessiva²³⁴ até a sua inserção no Código Civil Brasileiro de 2002 e os requisitos necessários para ativação do clausulado revisional.

²²⁹ MERENIUK, Ruy Orlando. **Teoria da Imprevisão: a Doutrina Keynesiana Frente ao Código Civil**. 1. ed. (ano 2005), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 59.

²³⁰ Variável determinada por forças que operam dentro do sistema em estudo e em que está inserida. No mercado de café, por exemplo, o controle estatal de estoque, determinando oferta compatível com a procuração, é um elemento incorporado ao modelo e que pode determinar os preços do produto no mercado internacional. SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p.630.

²³¹ Variável determinada por forças externas ao modelo em consideração. O mercado de café, por exemplo, sofre influência das condições climáticas. É uma variável independente do modelo, mas que, ao provocar uma eventual redução da oferta do produto, aumenta sua cotação internacional. SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p. 630.

²³² CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil** (tese de doutoramento). 7. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 903.

²³³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 553.

²³⁴ MERENIUK, Ruy Orlando. **Teoria da Imprevisão: a Doutrina Keynesiana Frente ao Código Civil**. 1. ed. (ano 2005), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 59.

4.1 A MATRIZ ITALIANA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Em razão da influência que elas exercem sobre o Código Civil brasileiro e porque é preciso delimitar o escopo do trabalho e restringir a análise a pontos determinados, optou-se por apresentar a onerosidade excessiva pelos olhos da legislação e doutrina italianas. Apesar de existir uma discussão sobre qual teria sido a influência destas disposições no Código Civil Brasileiro, prepondera a corrente doutrinária que admite que a matriz teórica teria sido a da onerosidade excessiva prevista no art. 1.467²³⁵ do Código Civil Italiano de 1942.²³⁶

A revisão contratual retorna aos holofotes jurídicos na primeira metade do século XX por meio dos estudos de Giuseppe Osti, que recebeu a influência das monografias alemãs, com destaque para a teoria da pressuposição de Windscheid²³⁷. No curso da Primeira Grande Guerra, foi editada legislação esparsa (Decreto-Lei Italiano 739/1915) regulando a possibilidade de revisão dos contratos em razão deste acontecimento. Não obstante, nas demais situações permanecia vigente o princípio do *pacta sunt servanda*.

O ressurgimento das teorias revisionistas ocorreu em razão da crise econômica oriunda, em grande parte, dos reflexos da Primeira Guerra Mundial. O ambiente conturbado, que teve como fator mais conhecido a chamada Crise de 1929, influenciou em certa medida o Código Civil Italiano, que, embora destaque em seu artigo 1.372²³⁸ a força obrigatória dos contratos, admite a possibilidade de resolução do pacto em razão da superveniente excessiva onerosidade da prestação, aplicada

²³⁵ Art. 1467. *Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 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. ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 15 fev. 2018.

²³⁶ COSTA, Judith Martins. **A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro**. Revista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del dieitto in Europa e in América Latina, n. 16, 2003, p. 144-150.

²³⁷ OSTI, Giuseppe. **Clausola "rebus sic stantibus"**, Novissimo Digesto Italino. v. 3. Turim: Utet, 1964

²³⁸ Art. 1372. *Efficacia del contratto. Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.* ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 15 fev. 2018.

aos contratos de execução continuada ou periódica e para os de trato diferido (artigos 1.467²³⁹ e 1.468²⁴⁰).

Segundo Vincenzo Roppo, as regras legislativas dos supracitados artigos exigem a presença de quatro requisitos: (i) a execução contratual deve ser continuada, periódica ou diferida com relação ao momento de conclusão do contrato; (ii) a obrigação da prestação contratual ainda não deve ter se exaurido, ou seja, não pode ter sido integralmente cumprida no momento em que houve a alteração de circunstâncias. Desta forma, a obrigação deve estar em “curso”, pois, se concluída, sairá da esfera de atuação do devedor e se tornará patrimônio do credor, afastando, assim, a necessidade de qualquer remédio para reconsideração do pacto; a onerosidade excessiva deve atingir direta e objetivamente a prestação ainda não finalizada; (iii) a onerosidade deve ser superveniente e excessiva²⁴¹. A arguição da onerosidade excessiva somente poderá ser ponderada caso fique evidenciado o nascimento de uma nova situação econômica do contrato, ou seja, não inserida na álea normal do negócio. O risco contratual assumido pelas partes pode ser entendido como a “noção econômica pela qual se deve entender a regular mutação de valor que a prestação pode sofrer, dada a sua natureza e o tipo de relação contratual a que pertence”²⁴². O risco contratual deve ser aferido com base nas regras tipificadas em lei e também nas nuances contratuais (objeto, cláusulas, conjuntura em que o contrato está inserido, etc.)²⁴³; (iv) o evento superveniente deve ter sido extraordinário e

²³⁹ Art. 1467. *Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 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.* ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 15 fev. 2018.

²⁴⁰ Art. 1468. *Contratto con obbligazioni di una sola parte. Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.* ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 15 fev. 2018.

²⁴¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 1023.

²⁴² PINO, Augusto. **La excesiva onerosidad de la prestación**. Tradução de F. Mallol. Barcelona: Bosch, 1959, p. 90.

²⁴³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 1.025. O autor também esclarece ser previsível que, genericamente, haja uma guerra no futuro; é um pouco menos previsível que a futura guerra ocorra entre Israel e os países árabes; é ainda menos previsível – e, assim, imprevisível – que a guerra árabe-israelense se inicie nos próximos dez dias e acarrete o fechamento do Canal de Suez. Desta forma, se propõe a gradação aos eventos supervenientes: São previsíveis fatos com 50% de chance de se verificarem, imprevisíveis fatos com

imprevisível, deve ser considerado de acordo com o que poderia ser previsível ao homem médio, sem olvidar a natureza contratual, a capacidade dos contratantes, as condições de mercado e cada um dos demais elementos individuais que foram inseridos no contrato²⁴⁴.

Hugo T. Yamashita identifica mais um elemento na jurisprudência italiana presente em razão dos altos índices de inflação, qual seja, a (v) não-generalidade do evento superveniente, determinando que, “se o evento tem feição generalizada e atinge a largo grupo social, era de certa forma previsível sua ocorrência”; no entanto, a medida da alteração proporcionada pelo fato inesperado também deve ser analisada e ponderada. Assim, se a taxa de inflação estiver próxima de 2%, seria imprevisível que esse índice rapidamente alcançasse a marca de 9%; no entanto, essa mesma taxa (9%) não seria imprevisível caso, no momento da celebração do contrato, a inflação estivesse próxima de 7,5%²⁴⁵.

Ademais, a doutrina italiana, para dar maior amplitude ao instituto, trata os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade como “sinônimos”²⁴⁶ e, ainda, flexibiliza o parâmetro a ser utilizado para aferir a “previsibilidade” do evento, ou seja, se no passado um fato não foi aceito como imprevisível, hoje pode ser reconhecido como tal para autorizar a aplicação da cláusula revisional²⁴⁷.

Em termos práticos, quando proposta a ação para resolução contratual por onerosidade excessiva a contraparte terá a oportunidade de se defender e oferecer a modificação equitativa das condições contratuais para evitar o referido desfecho. O artigo 1.467 do Código Civil Italiano faz a previsão de “equidade” não no sentido de “justiça contratual”, mas sim como um critério técnico para evitar a resolução do pacto. Neste caso, a análise do juiz deve ser para retomada do preço justo, trazendo o contrato de volta ao programa estabelecido pelas partes (equilíbrio originário)²⁴⁸. Vale frisar que a lei italiana não confere a possibilidade de o autor pedir a recomposição

até 0,5% de probabilidade de acontecer; já para um fato com cerca de 10% de probabilidade, a questão será discutível.

²⁴⁴ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 124.

²⁴⁵ *Idem*, p. 124-125.

²⁴⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 163.

²⁴⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 1026.

²⁴⁸ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 164.

contratual, nem que o juízo o faça de ofício. Assim, é necessária a voluntária requisição do réu neste mister²⁴⁹.

4.2 A REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

No início do século XX, com a influência europeia, os juristas brasileiros passaram a discutir a possibilidade de revisão dos contratos em razão da onerosidade excessiva. O Código Civil de 1916 se orientou pela ideologia francesa, com uma codificação liberal sem preocupação com a questão social e a importância desta no âmbito contratual. O pensamento da época é reverberado por Arnold Wald²⁵⁰:

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

No entanto, diante de grandes acontecimentos negativos na economia mundial, como as Grandes Guerras e a Grande Depressão de 1929, e na economia nacional posteriormente, com a inflação e a desvalorização da moeda, a discussão sobre a *rebus sic stantibus* foi retomada, com posicionamentos favoráveis e contrários. Em sentido contrário ao revisionismo, os argumentos orbitavam na obrigatoriedade de cumprimento das avenças contratuais²⁵¹ e, ainda, discutiam que a falta de legislação sobre o assunto não poderia fazer presumir a possibilidade de revisão por onerosidade excessiva²⁵². Desta forma, para Pontes de Miranda²⁵³, aquele que contrata deveria arcar com as consequências das alterações do ambiente em que se contratou, independentemente dos aspectos da mudança, porque seria natural que o ambiente onde se contratou sofresse alterações, mesmo durante o cumprimento das obrigações.

²⁴⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 1028.

²⁵⁰ WALD, ARNOLD. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 332.

²⁵¹ NONATO, Orozimbo. **Aspectos do modernismo jurídico**. *Boletim jurídico dos advogados brasileiros*. São Paulo, n. 3, 1958, p. 106.

²⁵² AZEVEDO, Philadelpho. **Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou dirigismo na vida contratual**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 145, 1956, p. 226.

²⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsó, 1954, p. 74.

A favor do revisionismo contratual, as teses eram baseadas na boa-fé dos contratantes, que, caso pudessem antever uma profunda modificação nas condições contratuais, nunca fariam a opção pela contratação²⁵⁴. Portanto, deveria haver uma limitação de riscos nos contratos com produção de efeitos ao longo do tempo²⁵⁵, sobretudo se o sinalagma apresentasse um sacrifício insuportável para uma das partes²⁵⁶. Arnold Wald analisa a possibilidade de revisão²⁵⁷:

Reconheceu-se, assim, que em todo contrato existe, implícito ou explícito, o direito subjetivo do contratado ao equilíbrio econômico e financeiro. Quando ocorre uma ruptura do equilíbrio inicial, em detrimento de uma das partes, esta tem o direito ao restabelecimento desse equilíbrio, mediante o pagamento, pela outra, de complemento ou reajuste de preço. Conforme destaca a doutrina, a regra é aplicável mesmo quando não consta expressamente do contrato, uma vez que constitui verdadeira *conditio juris* implícita em todo contrato. Em recente estudo, o Prof. Julian Chacel, da Fundação Getúlio Vargas, [...] invocando a lição de Frank H. Knight, na sua obra clássica *Uncertainty, Risk and Profit*, conclui o ilustre economista brasileiro que normalmente cabe ao empresário, nos contratos bilaterais, aceitar os riscos, mas não deve arcar com as situações decorrentes da incerteza, por não ter sido quantitativamente mensurável e não ser previsível, nem evitável.

Em que pese silente o Código Civil de 1916 sobre a possibilidade de revisão contratual, os juristas evoluíram a discussão para aceitar a revisão, inicialmente no campo doutrinário até chegarem respostas positivas da jurisprudência. Eis as considerações de José Maria Othon Sidou²⁵⁸ a este respeito:

É irrelevante o fato da morosa preparação do Código Civil desde que Clóvis Bevilacqua retomou a tantas vezes e em tantas mãos frustrado propósito. O inegável é que, em 1916, o Código já devia aparecer mais diligente, após seu longo jornada, quanto às crises de transformação que o mundo enfrentava evidenciando uma nova era; crises de natureza econômica, política, social e jurídica.

Todavia, movido pelo propósito confesso de 'não romper com o passo nem revolucionar o direito', o Código só poderia ter nascido senecto'. [...].

A doutrina cedo entendeu que, se o corpo civil de 1916 nada diz em favor da teoria revisionista dos contratos, nada opõe expressamente a ela.

Rumando neste norte, a jurisprudência também passou a entender que, pelo menos com subsídio em seu conteúdo, o Código, não se opondo, transige

²⁵⁴ LINS, Jair. **A cláusula *rebus sic stantibus***. RF, Rio de Janeiro, n. 55, 1923, p. 512.

²⁵⁵ ROCHA, Arthur. **Da intervenção do Estado nos contratos concluídos**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1932, p. 150.

²⁵⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 193.

²⁵⁷ WALD, Arnold. **Revisão de valores no contrato: A correção monetária, a teoria da imprevisão e o direito adquirido**. São Paulo, v. 647, 1989, p. 27.

²⁵⁸ Introduzindo o tema: "Não havia razão, nem histórica, nem doutrinária, tampouco circunstancial e muito menos moral, para que, ao ser codificado, o direito civil brasileiro espancasse o princípio da sua intimidade. SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula *rebus sic stantibus*; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 78-95.

indiretamente em concurso do buscado desiderato, ao estatuir, no art. 5º da Introdução, que – ‘na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’. [...].

Como quer que seja, o certo é que a teoria revisionista teve o batismo judiciário em 1930, com a sentença do então Juiz Nelson Hungria, quem, corajosamente, reconheceu e admitiu a interrupção contratual por motivo superveniente. [...].

Em decisão tomada por sua 2ª Turma, a 25.8.1950, no Recurso Extraordinário n. 91.715, relatado pelo Ministro Rocha Lagoa, o STF acolheu a teoria emanada da Justiça do Trabalho.

Enfim, parece certo afirmar que, a partir de então, a jurisprudência brasileira se vem orientando no sentido do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, tomado em 4.9.1950 e recolhido pela Revista dos Tribunais, à p. 177 de seu volume 191: “A teoria da revisão, aos poucos, vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque em face da injustiça do convencionado, do desequilíbrio evidente, da ruína talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz cruze os braços.

Além disto, a lacuna no código civil restou suprida por leis esparsas, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), a Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991), a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) e a antiga Lei Concorrencial (Lei n. 8884/1994), até a positivação da revisão dos contratos no Código Civil Brasileiro de 2002. Neste, encontram-se positivados nos artigos 317, 478, 479 e 480²⁵⁹ os requisitos objetivos para permitir a utilização do instituto da onerosidade excessiva²⁶⁰:

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

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

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

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.

A respeito do artigo 317 do Código Civil, cumpre explicar que este se aplica à correção de prestações pecuniárias, conferindo ao juiz a possibilidade de readequá-las na hipótese de variação do seu valor em razão de eventos imprevisíveis. O objetivo deste dispositivo é promover a “reposição do poder aquisitivo da moeda [hiperinflação,

²⁵⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

²⁶⁰ ASSIS, ARAKEN de. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v.5: do direito das obrigações / Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 713.

maxidesvalorização cambial, deflação exagerada, etc.] como meio de pagamento”²⁶¹. Afora as dívidas em dinheiro, cuja teoria encontra-se alicerçada no artigo 317 do Código Civil, as demais questões contratuais recaem para a regra do artigo 478 e seguintes do Código Civil²⁶²²⁶³.

Atendendo à ordem constitucional, as relações contratuais passaram a ser cobertas pelos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade²⁶⁴. As noções de cooperação e colaboração estão compreendidas na boa-fé objetiva e devem permear intrinsecamente as veias do contrato, devendo ser guardadas pelas partes a todo momento da relação contratual, inclusive em momentos de desequilíbrio econômico superveniente e imprevisível. Ambas as partes devem agir com lealdade, mesmo diante de evento desfavorável ao trâmite contratual, permitindo ou favorecendo a continuidade do contrato e a geração de efeitos benéficos²⁶⁵.

²⁶¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 187.

²⁶² LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. **Resolução por onerosidade excessiva**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 54, n. 140, 2005, p. 28.

²⁶³ *Idem*, p. 29. “No anteprojeto apresentado pela Comissão Revisora e Elaboradora, o então art. 311 facultava ao juiz, a pedido da parte, ‘atualizar o valor da moeda’, ‘quando houver desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, de modo a preservar, quanto possível, a equivalência das prestações’. Na Câmara dos Deputados, o dispositivo, já enumerado como art. 317, continuava a frisar expressamente que a idéia era a manutenção da equivalência das prestações ‘quando ocorrer a desvalorização da moeda’. No Senado, depois da tentativa de suprimir o dispositivo, o presidente da Comissão Revisora e Elaboradora ponderou da conveniência da manutenção do dispositivo, voltando à redação do anteprojeto, com referência tópica à ‘desvalorização da moeda’, que foi excluída da redação final, por considera-la implícita, na sequência dos artigos, incluindo-se, porém, no suporte fático, o atributo da imprevisibilidade, que não havia na redação primitiva”.

²⁶⁴ Entre os princípios básicos que norteiam a elaboração do novo Código Civil brasileiro destacam-se os referentes à eticidade, a socialidade e a operabilidade, os quais representam a assimilação de novos valores do ordenamento jurídico. Quanto à socialidade, procurou-se minimizar a marcante individualidade que impregnara o Código Civil de 1916, herança do Iluminismo e da pandectística alemã, fazendo predominar o aspecto social. Dentro dessa linha, inseriu-se a previsão de que os contratos devem atender sua função social. O princípio da operabilidade manifesta-se pela facilidade na interpretação, integração e aplicação das regras insertas no texto legal, procurando-se evitar os excessos advindos de uma linguagem predominantemente técnica. O princípio da eticidade, objeto deste estudo, consagra a presença de valores éticos no ordenamento, sem descurar-se dos aspectos mais rigorosamente coltados para a técnica jurídica e precisão linguística. Por isto, é comum observar no novo Código certas regras que levam em consideração o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Levando-se em conta que a técnica jurídica não pode se sobrepor aos valores éticos que devem orientar a celebração dos contratos [...]. que levam em consideração o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Levando-se em conta que a técnica jurídica não pode se sobrepor aos valores éticos que devem orientar a celebração dos contratos. GONÇALVES, Oksandro. **O princípio da eticidade no direito contratual**. in Nalin, Paulo (Org). **Princípios de Direito Contratual - Contratos & Sociedade**. vol. 1, 1a edição (2003), 3a reimpressão (ano 2010). Juruá Editora: Curitiba, p. 25-26.

²⁶⁵ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 182-183.

Assim, a principiologia social evoluiu sobre as críticas feitas ao disposto nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil no que se refere à suposta preferência pela resolução do pacto ao invés da revisão, caso não seja oferecida a modificação pelo réu²⁶⁶. A resolução do contrato é muito mais traumática e, por esta saída, o contrato deixa de cumprir a função econômica social que deve desempenhar²⁶⁷.

Sabendo que a imprevisão pode resultar em resolução ou revisão do contrato, cabe às partes optar por um ou outra solução, resolutória ou revisional²⁶⁸. Submetida a questão da onerosidade ao crivo judiciário, o juiz funciona como árbitro em busca da retomada da vontade originária, com o prosseguimento do vínculo, e só na impossibilidade seria decretada a definitiva ruptura. Não se trata, no entanto, de uma sub-rogação ou uma subordinação de vontades, mas sim de um caminho preferencial, primeiro tentando-se a reconciliação e, caso não se a obtenha, tem-se a rescisão²⁶⁹. A este respeito, comunga o Enunciado do CJF n. 176: “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”²⁷⁰. O esforço hermenêutico também caminha para isto, pois “na interpretação da cláusula geral de boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos” (Enunciado CJF n. 27)²⁷¹.

O artigo 317 do Código Civil²⁷² corrobora este entendimento ao consagrar a “revisão judicial das prestações em virtude do desequilíbrio ou desproporção

²⁶⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 189.

²⁶⁷ KHOURI, Paulo R. Roque. **A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei n 8.666/93: A onerosidade excessiva superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 123.

²⁶⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 163.

²⁶⁹ SIDOU, J.M. Othon. SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. (A cláusula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada). Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 120-121.

²⁷⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 176 da III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

²⁷¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 27 da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/673>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁷² 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. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

superveniente à formação da relação obrigacional. Para interpretá-lo, faz-se necessário utilizar o princípio do solidarismo, traduzido na boa-fé e no equilíbrio contratual”²⁷³.

A baliza do ato revisional será a equidade²⁷⁴, que permitirá a adequação do contrato à nova realidade vivenciada pelas partes, obviamente que dentro dos limites específicos do contrato, respeitando as margens de lucro e de risco e os demais clausulados relevantes, sem neutralizar as vantagens competitivas obtidas na negociação original. Não sendo possível em razão de os prejuízos serem maiores, o julgador optará pela resolução do pacto e distribuição das perdas e danos²⁷⁵.

Assim, a revisão do pacto se presta a recompor a economia original do contrato, justificada pela sua função social e pelo princípio da preservação dos negócios, prevendo que estes devem ser mantidos²⁷⁶.

4.3 REQUISITOS PARA ADMISSÃO DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Para aplicação da teoria da onerosidade excessiva, os dispositivos legais apresentam requisitos, implícitos e explícitos, que devem estar presentes e configurados para que seja possível a revisão ou resolução do contrato²⁷⁷.

²⁷³ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 192.

²⁷⁴ “A equidade exerceu forte influência nos fundamentos da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no tocante aos efeitos econômicos da variação cambial de 1999. A Corte, aplicando-a, determinou a divisão formalmente equitativa dos riscos nos contratos de arrendamento mercantil entre as instituições financeiras e os consumidores [Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp n. 293.864/SE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 7-3-2002, DJU de 8-3-2002, p. 210 e RSTJ 154/32]”. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 88.

²⁷⁵ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 183-193.

²⁷⁶ **Idem**, p. 193.

²⁷⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A onerosidade excessiva no Código Civil**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, jan/mar. 2006, p. 13-14. De acordo com Luiz Gastão Paes de Barros Leães, o regramento do Código Civil oferece seis condições necessárias para a incidência da revisão por onerosidade excessiva. A primeira condição é a existência de um contrato em que haja *distantia temporis* entre o momento de celebração e o momento de execução. A segunda condição é que a prestação de uma das partes contratantes se torne excessivamente onerosa em magnitude tal qual autorize a resolução do vínculo. A terceira é que tal onerosidade excessiva seja capaz de provocar uma “extrema vantagem” para o credor com a ruína do devedor. A quarta é que a onerosidade excessiva seja decorrente de um evento extraordinário e imprevisível, fora da evolução regular dos acontecimentos e além da álea esperada do contrato. Ainda, a quinta condição é que a causa do evento extraordinário e imprevisível não possa ser imputada ao contratante. E a sexta e última é que a resolução do contrato somente seja admitida em contratos sinalagmáticos, em estado de dependência recíproca; nos contratos unilaterais a legislação somente permite a redução da prestação ou alteração do modo de executá-la.

Os requisitos, a serem enfrentados um a um, são: (3.3.1) contrato bilateral ou unilateral oneroso; (3.3.2) de execução continuada ou diferida; (3.3.3) prestação excessivamente onerosa para uma das partes; com (3.3.4) vantagem extrema para a outra parte; (3.3.5) decorrente de evento extraordinário e imprevisível; que (3.3.6) não pode ser imputado ao devedor; que (3.3.7) não pode estar constituído em mora.

4.3.1 Contrato bilateral ou unilateral oneroso

O primeiro requisito seria a admissão da revisão apenas aos contratos sinalagmáticos, em estado de dependência. Os contratos bilaterais comutativos e unilaterais onerosos possuem um lapso entre a conclusão e a execução; logo, a teoria da onerosidade excessiva não se aplica aos contratos de execução instantânea, haja vista que estes se consumam em um só ato (por exemplo, compra e venda à vista).

A regra geral do artigo 478 do Código Civil aplica-se aos contratos bilaterais, com prestações correspondentes entre as partes, ou seja, prestações vinculadas entre elas por meio de um nexo de interdependência funcional; assim, cada uma das prestações existe em decorrência da contraprestação²⁷⁸.

O artigo 480 do Código Civil também permite aplicar o instituto aos contratos unilaterais²⁷⁹ quando as prestações onerosas couberem a apenas uma das partes. O pleito, porém, será apenas para reduzir ou alterar o modo de execução a fim de evitar a onerosidade excessiva.

A restrição à resolução dos contratos unilaterais decorre da presunção de que existe por parte do contratante o interesse em seu cumprimento. Sendo assim, a revisão seria a opção escolhida pelo contratado para garantir a conservação do negócio e seus benefícios, ainda que em menor proporção.

4.3.2 Contrato de execução continuada, diferida ou “prolongada”

O segundo requisito, conforme o artigo 478 do Código Civil, é a existência de contratos de execução continuada ou diferida. No primeiro caso, o contrato deve ser

²⁷⁸ CENDON, Paolo. *Commentario al codice civile, contrato in gelerale*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 1884/1995.

²⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo código civil*, volume VI, tomo II: da extinção do contrato. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 886/887.

cumprido por meio de atos reiterados, durante certo período e continuamente”²⁸⁰. O fator tempo é importante porque aumenta a possibilidade de variação das circunstâncias que envolveram a celebração do contrato. Na execução diferida, o contrato deve ser cumprido em um só ato, mas em momento futuro, uma vez que a execução se contrai em virtude de cláusula que a subordina a termo. Além destas duas modalidades, também é possível admitir a execução prolongada, em cujo caso a satisfação do credor acontece em um momento futuro e específico, porém requer a prática de etapas que se desdobram no tempo até o atingimento da efetiva prestação, também se permitindo a aplicação do instituto²⁸¹.

Nestas hipóteses, “a regra geral sobre a execução continuada ou diferida não impõe um lapso temporal mínimo, bastando que o evento imprevisível e extraordinário ocorra em momento posterior à conclusão do contrato”²⁸². Assim, basta que a execução não seja imediata à conclusão e que exista um interregno suficiente para o acontecimento imprevisível e extraordinário; portanto, sem estabelecer um prazo para a superveniência do evento imprevisível²⁸³.

A regra terá, pois, de ser a seguinte: a alegação da alteração das circunstâncias só é eficaz perante contratos pendentes, isto é, havendo, ‘contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida’. Depois do cumprimento, tudo quanto se alegue pertence aos ‘riscos próprios do contrato’²⁸⁴.

Assim, a resolução ou revisão somente poderá ser requerida antes do cumprimento contratual, ou seja, antes do efeito translativo ou constitutivo da transferência da propriedade e respectivo consentimento sobre as condições do negócio²⁸⁵²⁸⁶.

²⁸⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 79.

²⁸¹ AGUIAR Júnior, Ruy Rosado. **Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 884.

²⁸² LOTUFO, João Luís Zaratín. **Os reflexos da onerosidade excessiva nas relações contratuais**. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 82.

²⁸³ *Idem*, p. 82.

²⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 691.

²⁸⁵ GALLO, Paolo. **Contrato e buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto**. Torino: UTET, 2009, p. 629/630.

²⁸⁶ Registre-se que existem entendimentos contrários, por exemplo, o de Ruy Rosado Aguiar Júnior, que entende ser possível que a parte prejudicada por uma alteração superveniente de circunstâncias busque a revisão posterior ao momento de execução do contrato, ou seja, após o adimplemento da prestação. *in* **Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 889. Neste sentido, também proferiu voto enquanto Ministro do Superior Tribunal de Justiça: CONTRATOS BANCÁRIOS.

4.3.3 Prestação excessivamente onerosa para uma das partes

O terceiro requisito é que a prestação se torne excessivamente onerosa para uma das partes, referindo-se à alteração do montante da prestação – de forma grave, substancial e custosa – a ponto de tornar seu cumprimento um sacrifício muito além do que poderia antever o prejudicado no momento da celebração do contrato, comprometendo sua viabilidade econômica.

Muito embora não se tenha positivado o *quantum* para configurar a onerosidade excessiva, não será uma mera dificuldade que permitirá a revisão ou resolução contratual. Caso fosse possível, os princípios da certeza e segurança jurídica estariam revogados, pois “só os casos patológicos devem ser trazidos a juízo, por invocação de alteração de circunstâncias. A ordem jurídica só admite intervenções fundadas na desproporção ou injustiça do conteúdo em casos em que o desequilíbrio seja manifesto”²⁸⁷.

I. O funcionamento da alteração das circunstâncias implica que haja uma parte lesada. Uma alteração que não provoque prejuízos, no domínio contratual, a um dos celebrantes é, naturalmente, irrelevante. Calcula-se que o dano deva ter certa envergadura, para desencadear a aplicação do remédio extraordinário do artigo 437º/1. A lei não disse qual, subordinando o tema à boa-fé.

II. O ponto de partida do instituto da alteração das circunstâncias é, nos Direitos italiano e brasileiro, colocado na ‘onerosidade excessiva’. A lesão deve ser aferida pelo desequilíbrio: uma parte enriquece à custa da outra. Se ambas perdem, não há margem para a alteração das circunstâncias, a menos que uma perca desproporcionalmente²⁸⁸.

A onerosidade será direta quando a prestação tornar-se excessivamente onerosa para o devedor e indireta quando a contraprestação tiver sua utilidade substancialmente desvalorizada e reduzida²⁸⁹. Não obstante, cumpre registrar que,

Contrato de adesão. Revisão. Continuidade negocial. Contratos pagos. O fato de o obrigado cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão não o impede de vir a Juízo discutir a legalidade da exigência feita e que ele, diante das circunstâncias, julgou mais conveniente cumprir. Se proibida a sua iniciativa, estará sendo instituída, como condição da ação no direito contratual, a de ser inadimplente, o que serviria de incentivo ao descumprimento dos contratos. Além disso, submeteria o devedor à alternativa de pagar e perder qualquer possibilidade de revisão, ou não pagar e se submeter às dificuldades que sabidamente decorrem da inadimplência. Recurso conhecido e provido. STJ, RESP n. 293.778/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 29.05.2001.

²⁸⁷ ASCENSÃO, Oliveira. **A alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**. Revista Universitas/Jus, Centro Universitário de Brasília, n. 11, 2004, p. 182.

²⁸⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 687-688.

²⁸⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 904.

pela literal interpretação do artigo 478 do Código Civil, a onerosidade deve recair na prestação do devedor para permitir a revisão ou resolução contratual; porém, resta adequada a possibilidade de que ambas as partes tenham o direito de postular a revisão do negócio.

Ainda para caracterizar a onerosidade excessiva, utilizam-se dois critérios: o subjetivo e o objetivo. Para o primeiro, a onerosidade é analisada apenas sob o prisma do devedor, avaliando-se a proporção do valor da prestação para alcançar o resultado tanto na conclusão quanto no cumprimento do contrato²⁹⁰. O critério objetivo faz a análise entre a onerosidade da prestação e da contraprestação, comparando o valor e o modo de prestá-la, bem como a equivalência da contraprestação aferida na fase de conclusão do contrato e em sua execução²⁹¹.

Também é preciso analisar a álea normal do contrato, uma vez que a onerosidade excessiva é uma característica somente admitida se extrapolar seus limites. Portanto, pela álea normal tem-se um elemento qualitativo para examinar os efeitos do fato novo na economia do contrato. O rompimento da álea normal ocorre com o que exceder a previsível oscilação das condições do mercado ou das circunstâncias próprias do contrato de que se trata, segundo a adequada flutuação esperada naquela relação contratual²⁹². Se o sacrifício contratual for muito além do que foi objetivamente pactuado em razão de um fato extraordinário, perde-se o conceito de equivalência patrimonial tido no início da contratação, desequilibrando o contrato. Deixa de existir um risco implícito e próprio da contratação para surgir um risco impróprio e extraordinário²⁹³.

A análise do risco contratual não é tarefa simples. Cristiano Zanetti sugere a utilização dos seguintes critérios interpretativos destinados a precisar a extensão do risco: (i) verificação da natureza do contrato, pois cada tipo contratual tende a ter elementos próprios do negócio que auxiliam a precisar os riscos envolvidos; (ii) verificação da conjuntura do mercado em que o contrato foi celebrado, pois em contratos celebrados em ambientes caracterizados pelo risco dificilmente haverá

²⁹⁰ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 378 do novo código civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 91.

²⁹¹ LOTUFO, João Luís Zaratini. **Op. Cit.**, p. 88.

²⁹² **Idem**, p. 96.

²⁹³ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **A revisão judicial dos contratos no Novo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 113.

margem para discutir a onerosidade excessiva superveniente; (iii) análise da qualificação das partes, pois pode-se esperar um conhecimento maior e conseqüentemente uma visão de riscos de determinados profissionais; (iv) constatação da extensão temporal do contrato em análise, pois, quanto maior a duração do negócio, maior será o risco de sobrevirem fatos passíveis de causar impacto na sua economia, e (v) análise da especificidade dos fatos supervenientes, pois, quanto maior a especificidade do fato superveniente, menor a chance de enquadrá-lo no risco inerente ao contrato²⁹⁴.

Portanto, será considerada excessivamente onerosa uma prestação que sofrer relevante alteração em razão de um evento extraordinário e imprevisível fora da área de conhecimento dos contratantes individualmente considerados, mediante agravamento patrimonial que seja capaz de alterar o equilíbrio contratual, diminuindo ou cessando a utilidade da contraprestação²⁹⁵.

4.3.4 Vantagem extrema para a outra parte

O quarto requisito é a vantagem extrema para a outra parte, assim considerada como enriquecimento indevido, lucro exorbitante aproveitado pela parte contratante que não sofre a onerosidade excessiva, e que, por conseguinte, resulta em um considerável aumento patrimonial.

Para Araken de Assis, o legislador pátrio se inspirou em Pontes de Miranda, que entendia ser “preciso que, a par da onerosidade excessiva, haja, para o credor, lucro inesperado e injustificável conforme o tráfego. Não há limite a priori para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo”²⁹⁶.

Não obstante, Orlando Gomes admite a flexibilização da análise da “extrema vantagem” apenas para uma parte, pois “a apuração da extrema vantagem da parte credora não deve ser realizada com muita rigidez, sob pena de inviabilizar a aplicação da figura em análise”²⁹⁷. Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é difícil, para não dizer

²⁹⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **O risco contratual**. In.: LOPEZ, Teresa Ancora; Lemos, Patrícia Faga Iglecias; Rodrigues Junior, Otavio Luiz (Coord). Sociedade de risco e direito privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 461-466.

²⁹⁵ CENDON, Paolo. **Commentario al código civile, contrato in gelerale**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 1903.

²⁹⁶ ASSIS, ARAKEN de. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v.5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 721.

²⁹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 147.

impossível, demonstrar a vantagem extrema, justificando que a vantagem da contraparte seja presumida²⁹⁸.

Segundo Nelson Borges, o benefício revisional – quando fundado em evento imprevisível – não leva em conta a exigência da extrema vantagem para o credor. Deste modo, o acréscimo é altamente discutível pelo seu iter subjetivo, nem sempre presente em todas as situações em que se permite a aplicação da teoria, sendo irrelevante que a parte credora esteja na iminência de auferir extrema vantagem. Bastaria, portanto, o termo “vantagem”²⁹⁹, afinal, “se esta situação superveniente estiver fora do que as partes previram ao concluir o contrato ou fora da álea comum do tráfico negocial, a presunção é que a onerosidade excessiva sobre a prestação do devedor importe em vantagem para o credor”³⁰⁰.

Existe posicionamento que compreende a extrema vantagem como um elemento accidental da alteração das circunstâncias, e a ausência não implicaria a impossibilidade de a parte lesada requerer a resolução ou revisão do contrato nos termos do Código Civil³⁰¹. No mesmo sentido, foi aprovado o enunciado n. 365 da IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal³⁰².

Uma forma de aferir se a condição é “extremamente vantajosa” é verificar se a parte não prejudicada pelo evento da onerosidade excessiva teria condições de

²⁹⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 911. “O requisito da extrema vantagem para a outra parte, constante do art. 478, se interpretado literalmente, limitaria em demasia o âmbito de abrangência da cláusula, pois a onerosidade é dificuldade que recai sobre o devedor, pouco importando a situação do credor. Sendo do agravado o ônus da prova da existência dos pressupostos para o reconhecimento da onerosidade, muitas vezes lhe será difícil, se não impossível, demonstrar a vantagem do outro figurante. Por isso, há de se ter, por presunção *iuris tantum*, que a vantagem da contraparte é presumida”.

²⁹⁹ BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referência ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 323.

³⁰⁰ LOTUFO, João Luís Zaratín. **Os reflexos da onerosidade excessiva nas relações contratuais**. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 91.

³⁰¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Resolução e revisão por onerosidade excessiva**. In: Amanda Zoe Morris; Lucas Abreu Barroso. (Org.). **Direito dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 220: “A prova da vantagem gerada à parte pode ser circunstancial, o que por certo diminuir a importância do requisito para que se interfira no negócio no qual uma das prestações passou a ser excessivamente onerosa”.

³⁰² Enunciado n. 365 – Art. 478. A extrema vantagem do artigo 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 365 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

realizar um novo contrato nas mesmas bases. Se a resposta for negativa, haveria vantagem para a parte não prejudicada com o evento superveniente³⁰³.

Sendo assim, a vantagem extrema do credor resta caracterizada como elemento acidental, podendo ser relativizada em razão da dificuldade para demonstrá-la e pela presunção de que a alteração superveniente e imprevisível das circunstâncias ensejará vantagem para a contraparte. Todavia, o direito revisional encontrará barreira na demonstração de prejuízos excedentes à contraparte, o que tornará inviável o ato revisional, restando apenas a solução pela resolução.

4.3.5 Evento extraordinário e imprevisível

O quinto requisito determina que a onerosidade excessiva decorra de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, isto é, refere-se aos acontecimentos incomuns, inesperados, imprevidos e imprevisíveis pelos contratantes no momento da celebração do contrato. Como regra geral, devem ser aqueles que atinjam uma camada ampla da sociedade; caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do devedor serviria de respaldo para o não-cumprimento das avenças.

Um fato será extraordinário e imprevisível quando se afastar do curso ordinário das coisas³⁰⁴, opondo-se de modo inesperado e inseparável dos acontecimentos habituais³⁰⁵. A onerosidade excessiva, portanto, é um elemento essencial para permitir o acionamento da revisão judicial do contrato por circunstâncias supervenientes à sua formação. Em que pese a força do princípio da função social e o princípio da equivalência material, não se pode considerar razoável que uma mera circunstância ulterior à formação do contrato, que não seja capaz de ensejar sérios prejuízos a um ou ambos os contratantes, possa ser argumento capaz

³⁰³ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 378 do novo código civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 142.

³⁰⁴ “Algumas vezes o contrato extingue-se antes de ter alcançado o seu fim, ou seja, sem que as obrigações tenham sido cumpridas. Várias causas acarretam essa extinção anormal. Algumas são anteriores ou contemporâneas à formação do contrato; outras, supervenientes”. No caso, o mesmo autor aponta a resolução por onerosidade excessiva como sendo uma das causas supervenientes à criação ou formação do contrato capaz de o extinguir, sem cumprimento”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações**. Parte Especial. Tomo I – Contratos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51

³⁰⁵ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 434.

de permitir a revisão do pacto³⁰⁶. Ao contrário, alterações circunstanciais entre o momento da celebração e a execução do contrato são até esperadas, uma vez que a economia atual é muito dinâmica e acelerada.

A este respeito, segundo Gerhard Kegel³⁰⁷, a alteração das circunstâncias também pode ser ocasionada por um perigo comunitário, de massas, natural ou causado pelo Estado, que, transcendendo o âmbito das partes, emergisse como fruto de um risco globalmente suportado, tratando-se da grande base do negócio, ou seja, com a gestão do risco excedente ao espectro de atuação das partes. Antônio Menezes Cordeiro³⁰⁸ expõe a teoria, a qual pede-se vênua para citar integralmente:

KEGEL parte do risco como dano casual – não imputável – que, fundamentalmente, é suportado pelo titular da esfera atingida: *causum sentit dominus, the loss lies where it falls*. Esta regra aplica-se, também, às situações contratuais. Contratar é perigoso, devendo, cada um suportar o seu próprio perigo. Exprimindo as vantagens da contratação como o alcançar do escopo de cada parte, pode dizer-se que o devedor falha o seu fim quando tenha de suportar um sacrifício superior ao previsto, sucedendo outro tanto com o credor, quando este arrecade uma vantagem inferior à calculada. Este esquema mantém-se, em princípio, nas alterações das circunstâncias. Existiria, porém, um perigo da comunidade: causado por factores naturais ou humanos – *maxime* pelo Estado, através de guerras, de medidas económicas ou de outras vias, tornando-se, assim, o maior factor actual de perigo – ele atingiria, de modo indiscriminado, grandes grupos. Poder-se-ia, neste caso, falar da <grande base do negócio>. Esta possibilitaria um juízo de valor jurídico-político que, vendo na cominação final do dano, sofrido no âmbito de um perigo comunitário, apenas a uma das partes, uma injustiça, determinaria a sua distribuição, também, pela outra. A propósito da <pequena base do negócio> i. é, a respeito de danos sofridos no âmbito da esfera de perigo própria de cada parte, poderia, em circunstâncias particulares, conceder-se também ajuda ao devedor: assim nos casos de negócios de favor ou erro na transacção. Na determinação das consequências da <grande base do negócio>, KEGEL mantém o mesmo esquema. A repartição do dano pelas duas partes deve fazer-se segundo juízos de oportunidade e equidade, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Como indicador de fundo, a adaptar de acordo com os factores apontados, K. recomenda uma repartição do dano metade por metade. [...]. No que toca ao critério de decisão, KEGEL acaba por remeter para a equidade e o caso concreto; apenas e pode relevar a ideia básica da repartição igualitária – meio por meio – do prejuízo, a partir da qual todas as alterações são possíveis.

Portanto, o evento será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever por maior diligência que tenham, isto é, não se pode atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que as partes estavam

³⁰⁶ COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações – Adimplemento e Extinção das Obrigações**. 2. ed. Volume V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 304.

³⁰⁷ KEGEL, Gerhard. Apud CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1053-1054 e 1057.

³⁰⁸ **Idem**, p. 1053.

cientes da possibilidade de ocorrência³⁰⁹. Assim, para análise da imprevisibilidade, deve ser considerada a condição pessoal do contratante, ou seja, sua aptidão específica, capacidade e técnica para antever um determinado risco e suas consequências³¹⁰.

Embora praticamente todos os acontecimentos na atualidade sejam abstratamente previsíveis, pois governos, seguradoras e instituições financeiras estudam exaustivamente potenciais cenários de risco e, com isto, traçam estratégias de atuação que acabam sendo seguidas por grandes e médias empresas de todos os setores comerciais, disseminando e profissionalizando a gestão de riscos, isto não inviabilizará um juízo sobre a maior ou menor probabilidade da sua ocorrência, em razão dos elementos existentes para interpretação de sua realidade. Assim, a previsibilidade abstrata será a ponderação hipotética de cenários de risco, sem influir no caráter atípico da ocorrência, enquanto a previsibilidade concreta se caracterizará por um julgamento probabilístico, em função de indícios reais e identificáveis no momento de celebração do contrato³¹¹.

Por estes motivos, a imprevisibilidade está relacionada com a probabilidade de um acontecimento vir a se concretizar e com a capacidade das partes de antever este acontecimento. Assim, quanto menor a probabilidade, maior a chance de este evento ser considerado imprevisível³¹².

No entanto, os riscos previsíveis e ordinários em abstrato também possuem a capacidade de produzir consequências imprevisíveis e extraordinárias, importando a análise sobre a intensidade e duração das consequências, autorizando a correção pela teoria da onerosidade excessiva. Cite-se como exemplo a inflação e a

³⁰⁹ Neste sentido, cite-se a título de exemplo, o seguinte julgado: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 9044191-56.1995.8.26.0000**, Rel. Des. Franklin Nogueira, 8. Câmara Cível (extinto 1. TAC), julgado 22/04/1998, Publicado em 26/11/1998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=934301&cdForo=0>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

³¹⁰ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 139.

³¹¹ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 436-437.

³¹² “Finalmente, o art. 437º/1 exige que os deveres assumidos, cuja execução é pedida, não estejam cobertos pelos riscos próprios do contrato. Já houve a oportunidade de explicar que este preceito não pode ser reduzido à ideia de que não cabe a revisão ou a resolução, quando se deem alterações dentro da álea que todo o contrato, ainda que em medida variável, sempre implica. Tal álea dos contratos são normais e não contudem com a boa-fé. A ideia da lei é outra: trata-se de conferir, ao dispositivo do artigo 437º/1 natureza supletiva, perante o regime legal ou contratual do risco e, mais latamente, a todas as regras de imputação de danos. Por esta via, os contratos de risco ficam, em princípio fora da alteração de circunstâncias”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 690.

desvalorização monetária já ocorridas na economia brasileira³¹³ e a crise econômica de Portugal em 2009/2014³¹⁴:

A alteração 'imprevisível' implica, também, que as partes não tenham pensado nela. Digamos que a imprevisibilidade deve ser objetiva. Mas o anormal para todos pode ter sido previsto pelas concretas partes: há uma delimitação subjetiva negativa, que afasta a alteração das circunstâncias. Nas múltiplas decisões suscitadas pela crise de 2009/2014, a jurisprudência tem oscilado quanto à sua 'anormalidade'. Temos respostas positivas e negativas. A jurisprudência refugia-se, muitas vezes, na falta de conexão entre a crise e os prejuízos concretos.

Portanto, “a ocorrência pode ser previsível, mas não a intensidade ou a duração dos efeitos com que se revela na realidade envolvente ao contrato, justificando-se de igual forma, neste caso, a qualificação do evento como anormal”³¹⁵. Deste modo, não será o imprevisto que autorizará o desequilíbrio, mas sim as consequências econômicas introduzidas pelo imprevisto na relação contratual³¹⁶.

4.3.6 Evento extraordinário não pode ser imputado ao contratante

A causa do evento extraordinário não poderá ser imputada a uma das partes, mas ser um fato imprevisível para ambas. A imprevisibilidade pode estar relacionada com a verificação do acontecimento em si ou com os efeitos que aquele acontecimento poderá ter no contrato. Também pode estar relacionada com a característica do evento superveniente, como, por exemplo, sua duração ou sua intensidade³¹⁷³¹⁸.

³¹³ BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto**. 2014. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 187.

³¹⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 687.

³¹⁵ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais**. Almedina, Coimbra, 2017, p. 437-438.

³¹⁶ CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. **Desconstituindo a teoria da imprevisão: parâmetros democráticos para revisão judicial dos contratos sob a análise econômica do direito**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, v.1, p. 11, n. 2006. Disponível em <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D11-02.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2018, p. 15.

³¹⁷ BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios**. Revista dos Tribunais. Ano 89. dez/2000. vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 309.

³¹⁸ Enunciado 175: Art. 478: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no artigo 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 175 da III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas->

Para promover a revisão judicial, o fato causador do desequilíbrio contratual não pode decorrer de uma conduta adotada por um dos contratantes a ponto de comprometer a saúde do contrato. Assim, fica vedada a invocação do instituto se a parte tiver agido com culpa para acarretar o desequilíbrio do contrato. Este posicionamento é extraído da vedação à que a parte se beneficie de sua própria torpeza, pressuposto intrinsecamente ligado ao princípio da boa-fé e ao da proibidade nas relações contratuais³¹⁹.

Não obstante, não será somente o agir com culpa que tolherá o direito de reversionar o pacto: a omissão também receberá a mesma punição. Assim, “tanto é responsável o que, no instante vinculativo, plantou a semente da alteração da base contratual como o que, podendo evitar a ocorrência da modificação, permaneceu inerte”³²⁰.

Para ficar configurada a imputabilidade do fato a um dos contratantes, faz-se necessária, além do inadimplemento contratual, a presença de mais dois elementos: a ilicitude do ato praticado pelo inadimplente e a possibilidade de se invocar um juízo de reprovação ou de censurabilidade sobre essa conduta³²¹.

Sobre a ilicitude do ato praticado, existem circunstâncias em que o devedor pode não cumprir sua obrigação, como, por exemplo, em situações autorizadas pelo Direito, como a exceção do contrato não cumprido ou o direito de retenção. Logo, apesar da manifesta intenção contrária ao cumprimento do pacto, existe autorização da lei para a recusa³²². A censurabilidade existirá quando o autor da conduta (dolosa ou culposa) não praticar ato que tinha condições por ser-lhe exigido um padrão de comportamento conforme as normas do dever de conduta, os preceitos da lei, as cláusulas do contrato e as exigências dos princípios que norteiam as obrigações³²³.

Se um evento ocorrer pela própria desídia do devedor da obrigação, o instituto da onerosidade excessiva não lhe socorrerá, pois “a sua conduta morosa contribuiu

cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.p
df/view>. Acesso em: 19 jul. 2017.

³¹⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **As causas de revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 11, p. 145-164, p. 159.

³²⁰ BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referência ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 321.

³²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 104.

³²² *Idem*, p. 107.

³²³ *Ibidem*, p. 108.

para o agravamento de sua própria prestação, motivo por que o fato deixa de ser alheio, inimputável, passando a lhe ser totalmente imputável”³²⁴

4.3.7 A ausência da mora do devedor

A ausência de mora para permitir a revisão dos contratos é uma construção doutrinária no Brasil baseada na interpretação sistemática do artigo 399 do Código Civil, que dispõe que o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação³²⁵. Em outros países, este requisito já está positivado. Cite-se, por exemplo, o artigo 438 do Código Civil Português³²⁶.

A exigência da ausência de mora serve para evitar que o devedor da obrigação possa legalizar seu inadimplemento mediante a utilização da onerosidade excessiva. Desta forma, deverá o devedor evitar sua constituição em mora tomando medidas acautelatórias. Por exemplo, verificado o evento superveniente, o devedor deverá realizar a prévia e imediata notificação ao credor com o intuito de renegociar o contrato.

Sobre a mora, Vincenzo Roppo³²⁷ distingue o retardamento legítimo do imputável: o primeiro estaria justificado pela exceção do contrato não cumprido e o segundo, não. Outrossim, grande relevância deve ser atribuída ao comportamento do devedor e se há relação entre o evento superveniente e o atraso no cumprimento da obrigação³²⁸. Além disso, se a mora tiver relação com o evento superveniente, o devedor continuará com o direito de postular a revisão do contrato judicialmente³²⁹.

³²⁴ KHOURI, Paulo R. Roque. **A Revisão judicial dos contratos no novo código civil, Código do consumidor e lei n 8.666/93: A onerosidade Excessiva Superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 63.

³²⁵ Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

³²⁶ Art. 438. A parte lesada não goza de direito de resolução ou modificação do contrato se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou. PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47.344**, de 25 de Novembro de 1966. **Diário do Governo**, Lisboa, 1966. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

³²⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 949.

³²⁸ CENDON, Paolo. **Commentario al codice civile, contratto in gelerale**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 629-630.

³²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 889-890.

Assim, se for verificada a onerosidade excessiva e a tratativa de renegociação extrajudicial restar inexitosa, o devedor deverá judicializar a demanda, justificando o valor incontroverso e depositando-o em juízo, pois prevê o artigo 478 que “os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”³³⁰. Caso contrário, se fosse norma autoaplicável, “o risco seria de privilegiar a subjetividade, favorecendo a insensibilidade dos que se aproveitam das circunstâncias supervenientes que alteram a base do negócio para, como se fosse correto pelos primados da boa-fé, auferirem vantagens inesperadas em detrimento do outro”³³¹.

Registe-se, entretanto, a existência de posição contrária sustentando a possibilidade de arguição da onerosidade excessiva como matéria de defesa ou por meio de reconvenção “tanto em ação voltada ao adimplemento do contrato, quanto em outra, de caráter resolutório”³³². Sobre esta possibilidade, há alguma margem de risco à segurança jurídica, com um possível comportamento oportunista da parte devedora.

4.4 A CRISE ECONÔMICA

São muitas as tentativas de se definir crise econômica; entretanto, dada sua abrangência e a necessidade de delimitação deste trabalho, o que se pretende neste tópico é fornecer alguns elementos e noções que possam municiar os intérpretes na análise do contrato à luz da teoria da onerosidade excessiva.

Segundo John Maynard Keynes, a economia se desenvolve em um movimento cíclico, denominado “ciclo econômico”, com evolução contínua e alternada de maneira ascendente e descendente³³³:

[...] considerado o resultado de uma variação cíclica na eficiência³³⁴ marginal do capital, embora complicado e frequentemente agravado por modificações que acompanham outras variáveis importantes do sistema econômico no curto prazo alcançando o máximo desenvolvimento, declinam e cedem lugar

³³⁰ SCHUNCK, Giuliana Bonano. **A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil: críticas e questões controvertidas**. São Paulo: LTr, 2010, p. 97.

³³¹ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p.168.

³³² AZEVEDO, Junqueira de. **Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 195.

³³³ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996, p. 293-294.

³³⁴ **Idem**: O termo “eficiência” no contexto empregado faz referência à rentabilidade de um bem de capital; portanto, a eficácia de um bem de capital é medida pela taxa de retorno sobre seu próprio custo.

às forças contrárias. Todavia, por movimento *cíclico* não queremos dizer simplesmente que essas tendências ascendentes e descendentes, uma vez iniciadas, não persistam indefinidamente na mesma direção, mas que acabam por inverter-se. Queremos dizer, também, que existe certo grau reconhecível de regularidade na sequência e duração dos movimentos ascendentes e descendentes³³⁵.

Para Hyman Minsky, numa economia capitalista moderna em que existe um sistema financeiro complexo, sofisticado e em contínua evolução cíclica, sempre haverá períodos turbulentos e períodos estáveis, que se alternarão de acordo com as expectativas e interesses dos agentes econômicos e principalmente com as decisões que estes tomarão com base nessas expectativas³³⁶.

Assim, as crises têm surgido a cada período, e recentemente o mundo foi assolado por mais um ciclo de crise que repercute na vida de todos³³⁷, nos negócios e nas obrigações contratuais. No Brasil não é diferente, e atualmente vivenciamos um período de crise baseada em fatores, econômicos, políticos e sociais³³⁸.

De acordo com John Maynard Keynes, uma das explicações é que na economia moderna os detentores dos ativos reais emprestam o dinheiro para que os tomadores também possam financiar a aquisição de seus próprios ativos reais. Deste modo, a riqueza possui uma ‘eficiência’ em função de si mesma, que é a capacidade de reproduzir seu próprio valor e ainda gerar um excedente, o que é chamado de “eficiência marginal do capital”. Enquanto propriedade, a riqueza só pode ser medida

³³⁵ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996, p. 293-294.

³³⁶ MINSKY, Hyman. 1994, Integração financeira e política monetária. **Economia e Sociedade**, Campinas, n. 3, p. 21-36, dez. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643215/10763>>. Acesso em 01 jan. 2018, p. 21: “Uma economia capitalista que opera sem restrições e que possua um sistema financeiro sofisticado, complexo e em contínua evolução, apresenta períodos de estabilidade e períodos de comportamento turbulento e até mesmo caótico. A busca da realização de interesses próprios pelas diversas unidades (operacionais e financeiras) que constituem uma economia capitalista leva, ao longo do tempo, à emergência de condições propícias ao comportamento turbulento e caótico da economia mesmo partindo-se de situações que previamente tenha favorecido uma trajetória estável”.

³³⁷ MERENIUK, Ruy Orlando. **Teoria da Imprevisão: A Doutrina Keynesiana Frente ao Código Civil**. 1. ed., Juruá, 2011, p. 103: “O extremismo entre a visão expansionista e contracionista dos mercados, oscilará mediante a deterioração dos indicadores financeiros, substituição na opção das taxas de juros de longo por curto prazo, troca de ativos monetários correntes internos por ativos correntes externos. Neste sentido, quando o mercado financeiro se expande, a taxa de juros tende a nivelar-se em longo prazo, sendo o inverso da relação quando da contração, entretanto, não será necessariamente uma regra, para com os ativos monetários correntes, como veremos mais adiante”.

³³⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras, Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia**. Coimbra Editora, 2010, p. 682-683: Ainda, as “grandes” alterações de circunstâncias podem ser de natureza política, social ou econômica e, pelas suas características, são gerais e normalmente alheias a condutas ou esferas de influência das partes, de cujo domínio escapam completamente.

como capacidade aquisitiva. A medição é feita em termos monetários, e sua eficácia é a taxa de juros, isto é, o preço de se desprender do dinheiro no momento presente para reavê-lo no futuro com um excedente³³⁹. Deste modo, o retorno da taxa de juros relaciona-se com o nível de investimento. No entanto, as expectativas sobre a renda (taxa de juros), que servem de base para a tomada de decisões, são formuladas com fundamento nos fatos existentes, conhecidos com maior ou menor certeza, e em eventos futuros, que podem ser previstos com maior ou menor grau de confiança, como, por exemplo, a mudança das preferências dos consumidores³⁴⁰.

Desta maneira, a economia é guiada por expectativas de longo prazo que são contaminadas pela incerteza e, portanto, não é passível de modelação determinística, o que justifica as decisões serem tomadas por meio de convenções, baseadas no consenso geral, que pode ser medido pela confiança do consumidor³⁴¹. Quando esta confiança do consumidor e o fluxo de investimento aumentam, tem-se o um ciclo clássico que começa com um mercado crescendo e termina em seu colapso:

Invariavelmente, o período de expansão termina quando a falência inesperada de uma série de empresas causa uma desconfiança generalizada no mercado, disseminando a incerteza e tornando o crédito quase impossível de ser obtido. Incapazes de honrar suas dívidas, as empresas entram em colapso e as falências se multiplicam. Quando o crédito evapora, os preços caem e o pânico domina o mercado³⁴².

Para Charles Kindleberger, as crises decorrem de um aproveitamento exagerado da expectativa de lucro e, quando a alta se torna excessiva, o sistema passa por um tipo de aflição e tem início um processo de reversão. No processo de investimentos por meio de recursos próprios ou empréstimos, as pessoas buscam ativos financeiros reais ou ilíquidos. Na reversão, as pessoas buscam tornar ativos financeiros em dinheiro para reembolso dos débitos, gerando uma queda brusca nos preços dos produtos primários, imobiliários ou naquele que tenha sido o objetivo da mania (oportunidade vista pelos investidores para obtenção dos lucros)³⁴³.

³³⁹ BELUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; ALMEIDA, Júlio Gomes de. Teoria econômica *in* PRADO, Luiz Carlos Delorme (org). **Desenvolvimento econômico e crise: ensaios em comemoração de Maria da Conceição Tavares**. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2012. 21-22.

³⁴⁰ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996, p. 249-250.

³⁴¹ LEITER, Maurício Dias. **Bolhas e política monetária: Evidências para a economia**. 2011. 199 f., Tese (Doutorado em Economia) – FEA, Universidade de São Paulo, 2011, p.13.

³⁴² ROURINI, Nouriel; MIHM, Stephen. **A economia das crises**. São Paulo: Intrínseca, 2010, p. 54.

³⁴³ KINDLEBERGER, Charles. **Manias, pânico e crashes: um histórico das crises financeiras**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000, p. 2-3.

Quando as expectativas forem otimistas, eles [agentes econômicos] privilegiam a rentabilidade à liquidez, procurando elevar prazos e submeter-se a maiores riscos com relação a seus ativos, diminuindo a margem de segurança (ativos líquidos/ativos ilíquidos) nas operações, o que resulta no crescimento da participação dos adiantamentos e de ativos de maiores riscos na composição de sua estrutura ativa, como os empréstimos de mais longo termo. Do contrário, se as expectativas são pessimistas e a incerteza é alta, pois o grau de confiança nas expectativas quanto ao futuro diminui, eles expressam uma maior preferência pela liquidez, dirigindo as aplicações para ativos menos lucrativos, porém mais líquidos, o que faz a oferta de crédito aos clientes³⁴⁴.

Para Joseph Alois Schumpeter, existe relação entre os períodos de prosperidade e o fato de que o empreendedor inovador, ao criar novos produtos, é imitado por um “enxame” de empreendedores não inovadores que investem recursos para produzir e imitar os bens criados pelo empresário inovador. Assim, uma onda de capital ativa a economia, gerando prosperidade e aumento no nível de emprego. À medida que as inovações são absorvidas pelo mercado, o consumo se generaliza e a taxa de crescimento da economia diminui, dando início a um processo recessivo, com redução dos investimentos e baixa da oferta de emprego³⁴⁵. Segundo Hyman Minsky, a crise pode surgir de qualquer situação inesperada, variando de um *boom* especulativo a outro, podendo ser o fim de uma guerra, uma ótima safra ou uma péssima colheita, uma inovação tecnológica de efeitos difusos, algum efeito político ou êxito financeiro surpreendente, uma conversão de dívidas que baixe a taxa de juros monetária de forma abrupta ou uma mudança inesperada da política monetária. Enfim, independentemente da causa, os efeitos serão desastrosos na economia se a crise tiver uma abrangência espacial e setorial e, ainda, se tiver um elevado poder de difusão planetária³⁴⁶. Pode-se concluir, deste modo, que, independentemente da causa, a crise resta caracterizada com a inversão entre as forças, com a força ascendente cedendo lugar à força descendente:

Contudo, para que a nossa explicação seja adequada, devemos incluir outra característica do chamado ciclo econômico, ou seja, o fenômeno da *crise* — o fato de que a substituição de uma fase ascendente por outra descendente geralmente ocorre de modo repentino e violento, ao passo que, como regra,

³⁴⁴ PAULA, Luiz F. Rodrigues de. **Macroeconomia moderna**. São Paulo: Campus, 1999, p. 178.

³⁴⁵ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: Um estudo sobre lucro empresarial, capital, crédito, juro e ciclo da conjuntura. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., p. 11.

³⁴⁶ CARVALHO, David Ferreira; CARVALHO, André Cutrim. **Crise Financeira, Recessão e Risco de Depressão no Capitalismo Globalizado do Século XXI**: Impactos nos EUA, Zona do EURO e BRASIL. In <http://www.akb.org.br/upload/130820120856056306_David%20Carvalho.pdf>. Acesso em 1/1/2018, p. 5.

a transição de uma fase descendente para uma fase ascendente não é tão repentina³⁴⁷.

No Brasil, o Comitê de Datação de Ciclos Econômicos (CODACE/FGV³⁴⁸) busca estabelecer cronologias de referência para os ciclos econômicos brasileiros pela análise do PIB trimestral. Explica o Comitê que a datação de ciclos é realizada com base em estatísticas econômicas expressas em nível, ou seja, cada ponto de virada (pico) do ciclo equivale ao final de um período de expansão, que será seguido, no trimestre seguinte, pelo início de uma recessão; por sua vez, cada ponto de virada (vale) equivale ao trimestre final de uma recessão, a ser seguido, no trimestre seguinte, pelo início de uma expansão econômica. O ciclo econômico expresso em nível é também conhecido como “ciclo de negócios”.

O Comitê identificou a ocorrência de um pico no ciclo de negócios brasileiro no primeiro trimestre de 2014. O pico representa o fim de uma expansão econômica que durou 20 trimestres — entre o segundo trimestre de 2009 e o primeiro de 2014 — e sinalizou a entrada do país em uma recessão a partir do segundo trimestre de 2014. Nessa oportunidade, o CODACE salientou que cada período recessivo poderia ter amplitudes e extensões diferentes em cada ciclo, “a depender de suas motivações e das condições macroeconômicas internas e externas ao país, que possibilitem a retomada de uma fase de expansão”³⁴⁹³⁵⁰.

Após 30 meses do início da recessão, o comitê identificou a ocorrência de um vale do ciclo de negócios brasileiro no quarto trimestre de 2016³⁵¹. Este vale representou o fim de uma recessão que durou 11 trimestres — entre o segundo trimestre de 2014 e o quarto de 2016 — e a entrada do país em um período de expansão a partir do primeiro trimestre de 2017. Constatou, ainda, que a recessão de

³⁴⁷ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996, p. 294.

³⁴⁸ O CODACE é composto por sete membros **Afonso Celso Pastore** (Coordenador, Diretor da AC Pastore & Associados); **Edmar Bacha** (Diretor, Iepe – Casa das Garças); **João Victor Issler** (Professor, FGV/EPGE); **Marcelle Chauvet** (Professora, Universidade da Califórnia); **Marco Bonomo** (Professor, Insper); **Paulo Picchetti** (Professor, FGV/EESP e FGV/IBRE) e **Regis Bonelli** (Pesquisador, FGV/IBRE).

³⁴⁹ Relatório divulgado em 30/7/2015, disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=4028808126B9BC4C0126BEA1755C6C93>>. Acesso em 08/01/2018.

³⁵⁰ **Idem**: A identificação de um ponto de máximo local do ciclo de negócios brasileiro no primeiro trimestre de 2014 foi realizada com base na análise cíclica de um amplo conjunto de variáveis e agregados econômicos de alta e média frequência, na realização de exercícios econométricos e em estudos adicionais realizados por membros do Comitê e especialistas convidados.

³⁵¹ Relatório divulgado em 30/10/2017, disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=4028808126B9BC4C0126BEA1755C6C93>>. Acesso em 8/1/2018.

2014-2016 foi a mais longa entre as nove datadas pelo Comitê a partir de 1980, empatada com a de 1989-1992. A perda acumulada de Produto Interno Bruto (PIB) nesses 11 trimestres foi de 8,6%, também a maior desde 1980, praticamente empatada com os 8,5% de queda do PIB na recessão de 1981-1983, com base em dados das Contas Nacionais do IBGE. Além de a recessão terminada no quarto trimestre de 2016 ter sido longa e intensa, o Comitê avaliou que a recuperação vinha se mostrando, até então, lenta em comparação com o padrão observado nas saídas de recessões anteriores.

A evolução dos períodos cíclicos nos negócios brasileiros é representada na tabela abaixo:

Figura 1 – Cronologia Trimestral do Ciclo de Negócios Brasileiros.

Cronologia Trimestral do Ciclo de Negócios Brasileiro - Durações e Amplitudes *							
Recessões				Expansões			
Período	Duração em trimestres	Variação % acumulada de Pico a Vale	Var. % Trimestral Média (anualizada)	Período	Duração em trimestres	Variação % acumulada de Vale a Pico	Var. % Trimestral Média (anualizada)
Do 1º trimestre de 1981 ao 1º trimestre de 1983	9	-8,5%	-3,9%	Do 2º trimestre de 1983 ao 2º trimestre de 1987	17	30,0%	6,4%
Do 3º trimestre de 1987 ao 4º trimestre de 1988	6	-4,2%	-2,8%	Do 1º trimestre de 1989 ao 2º trimestre de 1989	2	8,5%	17,7%
Do 3º trimestre de 1989 ao 1º trimestre de 1992	11	-7,7%	-2,9%	Do 2º trimestre de 1992 ao 1º trimestre de 1995	12	19,2%	6,0%
Do 2º trimestre de 1995 ao 3º trimestre de 1995	2	-2,8%	-5,6%	Do 4º trimestre de 1995 ao 4º trimestre de 1997	9	8,0%	3,5%
Do 1º trimestre de 1998 ao 1º trimestre de 1999	5	-1,5%	-1,2%	Do 2º trimestre de 1999 ao 1º trimestre de 2001	8	7,5%	3,7%
Do 2º trimestre de 2001 ao 4º trimestre de 2001	3	-0,9%	-1,2%	Do 1º trimestre de 2002 ao 4º trimestre de 2002	4	5,3%	5,3%
Do 1º trimestre de 2003 ao 2º trimestre de 2003	2	-1,6%	-3,1%	Do 3º trimestre de 2003 ao 3º trimestre de 2008	21	30,5%	5,2%
Do 4º trimestre de 2008 ao 1º trimestre de 2009	2	-5,5%	-10,8%	Do 2º trimestre de 2009 ao 1º trimestre de 2014	20	23,0%	4,2%
Do 2º trimestre de 2014 ao 4º trimestre de 2016	11	-8,6%	-3,2%	-	-	-	-

* Crescimento medido de acordo com o PIB trimestral dessazonalizado a preços de mercado (Fonte: IBGE)

Fonte: CODACE, 2017.

Ultrapassados alguns dos elementos utilizados pela Economia para caracterizar o termo “crise econômica”, é preciso debater como enfrentá-la. Para John Maynard Keynes, cumpre ao Estado o papel de agente de controle da economia, criando políticas públicas capazes de orientar a propensão a consumir, a eficiência marginal do capital e a taxa de juros, e assegurando níveis de produção e emprego,

que refletem na confiança do consumidor³⁵². Sob esta perspectiva, “como elemento comum das várias crises, destaca-se a presença do Estado, seja como condutor das políticas públicas que as combatem, seja como causador dessas crises, em virtude de políticas que se revelam equivocadas ao longo do tempo”³⁵³.

Esta dicotomia entre a presença ou ausência do Estado ser a causa da crise é discutida com o intuito de buscar medidas para combater a crise:

Alguns afirmarão que o governo deve intervir, tornando-se um emprestador em última instância e promovendo um estímulo fiscal maciço para contrabalançar a queda na demanda privada. Outros lembrarão que o governo nunca deve intervir no funcionamento do mercado, pois isso apenas prolongará a crise e estimulará o aumento da dívida pública. Outros ainda afirmarão que a própria ideia da crise é ilusória, uma ficção pregada por aqueles que duvidam da capacidade do mercado de alocar bens de forma eficiente³⁵⁴.

Registre-se que opinião diversa é encontrada nos chamados “novos clássicos”, que consideram o mercado como sendo perfeitamente capaz de regular a economia de forma autônoma. Assim, adotam a hipótese de expectativas racionais, considerando que os agentes, em suas expectativas, sempre acertam o valor efetivo da variável estimada e devem antecipar os efeitos de uma política a ser instaurada, bem como eventuais mudanças de comportamento dos agentes³⁵⁵.

Sem a presença do Estado, o mercado regula-se via preços, mantendo-se em equilíbrio (*market clearing*): as demandas se igualam às ofertas pela concorrência e em cada ponto do tempo os agentes atuam de forma ótima face aos preços que observam. Neste caso, o ciclo econômico surge como resultante de uma variável exógena que vem desequilibrar o sistema.

De qualquer sorte, quando a crise não encontrar solução no próprio mercado, restará ao Estado o dever de intervir de maneira regulatória para superá-la³⁵⁶. Cita-se como exemplo a resposta dos Estados Unidos à crise de 2008, que interveio na economia com empréstimos financeiros, facilitação de acesso ao crédito para

³⁵² KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996, p. 358.

³⁵³ GONÇALVES, Oksandro. *In* ARAÚJO, Fernando... [et al.]. **Em busca dos caminhos jurídicos para a superação da crise**. Curitiba: PUCPress, 2016, p. 21.

³⁵⁴ ROURINI, Nouriel; MIHM, Stephen. **A economia das crises**. São Paulo: Intrínseca, 2010, p. 48.

³⁵⁵ MAGALHÃES, Matheus Albergalia. Explicando os ciclos de negócios. Disponível em: <http://www.cepe.ecn.br/matheus.pdf>. Acesso em: 31/12/2017, p. 6.

³⁵⁶ MERENIUK, Ruy Orlando. **Teoria da Imprevisão: a Doutrina Keynesiana Frente ao Código Civil**. 1. ed. (ano 2005), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 103.

empresas com dificuldades financeiras e nacionalizando empresas privadas³⁵⁷. No Brasil, para auxiliar a superar a recente crise de 2014-2016, apresentou-se um pacote de medidas que incluía, entre outras: regularização de débitos tributários com o governo; incentivo ao crédito imobiliário; maior rentabilidade do FGTS, facilitação ao crédito e redução de burocracia na compra e venda no comércio exterior³⁵⁸.

Variáveis exógenas sempre impactaram o desenvolvimento da economia, porém, se isto acontecer de maneira surpreendente, não importando sua causa, e sim as consequências amplas e difusas, estar-se-á diante de um conceito possível e aceitável de crise. Nesse momento do ciclo econômico, no ponto de baixa, enfrentam-se a estagnação econômica e o decrescimento, que afetam o fôlego financeiro do sistema e, por consequência, os negócios e os contratos.

4.5 A IMPREVISIBILIDADE DA CRISE E A POSSÍVEL ONEROSIDADE COMO CONSEQUÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS

Dado o aspecto econômico e social dos contratos interempresariais, quando as partes os celebram, buscam avaliar a medida da própria prestação e o ônus que poderão suportar para o fiel cumprimento das obrigações que contrairão.³⁵⁹

Estas previsões são ônus das partes contratantes, baseadas na normalidade dos eventos e que, portanto, integram a álea normal do contrato. No entanto, a crise econômica compõe a chamada “grande base do negócio”, teoria criada por Gerhard Kegel que diz respeito à expectativa das partes de que não haverá, na pendência do contrato ou associado aos efeitos que este propõe alcançar, nenhuma perturbação estrutural nas condições políticas, econômicas ou sociais que coloque em causa a própria existência social tal como conhecida usualmente pelos contraentes. Ao lado da crise econômica de grandes proporções, encontram-se outros eventos da natureza, guerras e revoluções³⁶⁰.

³⁵⁷ BBC. **Entenda a operação de resgate da seguradora AIG.** Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/09/080917_aig_qa_fp.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁵⁸MARTELLO, Alexandre. AMARAL, Luciana. **Saiba quais são as medidas anunciadas pelo governo para estimular a economia.** Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/veja-as-medidas-economicas-anunciadas-pelo-governo.ghtml>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁵⁹ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios.** Curitiba: Juruá, 2015, p. 156.

³⁶⁰ KEGEL, Gerhard. *apud* CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 1053-1054.

Os contratos interempresariais são, por conseguinte, celebrados levando em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, com ou sem a presença de consciência das partes no caso concreto, como, por exemplo, a ordem social ou econômica existente, o poder aquisitivo de determinada moeda, as condições normais do tráfego ou outras semelhantes, sem as quais os contratos não cumprem a finalidade por eles pensada, nem podem realizar a intenção considerada justa pelas partes. Assim sendo, exigir o cumprimento de um contrato na presença desta circunstância imprevista e imprevisível não poderia ser considerada como de boa-fé³⁶¹.

O evento extraordinário e imprevisível é remoto a ponto de não ser considerado; caso contrário, elevaria sobremaneira o custo do contrato e inviabilizaria a própria contratação e a lógica do mercado. Deste modo, “o evento surpreendente, causador do desequilíbrio das premissas financeiras [causa econômica e social] do contrato e, conseqüentemente, de prejuízo inesperado, revela injustiça”³⁶² que deve ser corrigida para garantir a manutenção do tráfego comercial, no aspecto objetivo do empresário e social do mercado. Não por menos que a “afirmação histórica do instituto da alteração superveniente das circunstâncias é inseparável das mais graves perturbações da coexistência social do século XX, em especial duas grandes guerras mundiais, a crise financeira de 1929 e a crise do petróleo dos anos setenta”³⁶³.

A natureza imprevisível da crise e seus efeitos é relatada por Dimitri Milonakis, economista grego, que a ela se refere como “uma grande anomalia com base em todas as teorias de *mainstream* existentes. Uma gigantesca onda atingiu a economia mundial, uma crise que parecia impossível de acordo com as teorias” e a classifica como “um evento inesperado, um cisne negro, que não poderia ser previsto e, uma

³⁶¹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 314. No original: *Todo contrato se estipula entre los que en él participan teniendo en cuenta determinadas circunstancias de carácter general, ya sean conscientes o no de ello en caso concreto; como, por ejemplo, el orden social o económico existente, el poder adquisitivo de una determinada moneda, las condiciones normales del tráfico u otras semejantes, sin las cuales el contrato no cumple la finalidad para el pensada ni puede realizarse la intención de las partes. Si en dichas relaciones necesarias para la subsistencia del negocio (como base objetiva del mismo y reglamentación considerada justa y conveniente para ambas partes) se produce una alteración total e imprevista, que en forma alguna no haya sido considerada en el contrato, no sería conforme con 'la buena fe' (§§ 157, 242) someter inflexiblemente a la parte desproporcionadamente perjudicada por la antelación al contrato que fue concertado bajo presupuestos completamente diferentes.*

³⁶² SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 157.

³⁶³ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 364.

vez acontecido, não pode ser explicado como algo além de um evento inesperado intratável pelo conhecimento científico³⁶⁴.

Em Portugal, o instituto da onerosidade excessiva foi largamente utilizado após a instabilidade econômica ocorrida em 2007-2008, com reflexos na sua economia entre 2010-2014³⁶⁵ e que afetou a execução de uma diversidade de relações contratuais³⁶⁶. Registre-se que a teoria da onerosidade excessiva se encontra presente no Código Civil Português nos arts. 437 à 439,³⁶⁷ estabelecendo cinco requisitos necessários para ativação do instituto (a) as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; (b) tiverem sofrido uma alteração anormal;

³⁶⁴ MILONAKIS, Dimitri. **Crise Econômica, a Crise da Economia e o Futuro da Economia Política**. Argumentum, Vitória (ES), v. 3, n.2, p. 12-30, jul/dez.2011. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/viewFile/1621/1664>>. Acesso 30 nov. 2017, p. 12 e 21.

³⁶⁵ “O esquema depressivo acima referenciado operou, quase ponto por ponto, na experiência portuguesa e no período de 2010-2014. Apenas recentemente há notícias de uma certa recuperação. Em termos esquemáticos, assistimos: - à crise dos bancos: o desaparecimento do mercado interbancário induziu quebras de liquidez; foram recusados empréstimos, quebrados empréstimos já apalavrados, reduzidos patamares de crédito, exigidas garantias elevadas e subidos os juros; - à crise do Estado: confrontado com uma quebra de receitas, com um aumento de encargos e com os compromissos de reduzir as dívidas, o Governo recorreu à subida de impostos, à introdução de novas taxas e à interrupção de projetos de obras públicas contratualizados e em curso; - à crise das empresas: dificuldades de crédito, aumento de encargos, esvaziamento da carteira de trabalhos públicos e retração do consumo privado: o cerco foi total; - à crise dos consumidores: cortes nos salários e nos subsídios, aumento de impostos e desemprego; tudo isso leva a uma baixa de dispêndios, com novos reflexos negativos no Estado e nas empresas CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 705-706.

³⁶⁶ “As convulsões registradas nos últimos cinco anos impactaram inúmeros contratos. Sem, para já, pretender uma ordenação jurídico-científica em função da alteração das circunstâncias, apontamos: - cortes no crédito que vieram, a jusante, a interromper contratos de investimentos ou contratos correntes; - cortes em investimentos, particularmente do Estado, que paralisaram empreitadas e prestações de serviços, delas dependentes; - súbita introdução de novos impostos e de taxas ou agravamento dos já existentes: baixaram, conseqüentemente, as procuras dos bens e dos serviços relacionados a tais setores; - flutuações financeiras inexcogitáveis: as variáveis envolvidas conduziram a uma baixa espetacular das taxas de juros ‘europeias’, mercê da política, tardia, do Banco Central Europeu, enquanto os juros ‘internos’, para novas operações, são muito elevados; - quebras na procura de determinados bens e serviços, com reflexos calamitosos nos contratos de que eles dependem”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 706-707.

³⁶⁷ SUBSECÇÃO VII. Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Artigo 437.º (Condições de admissibilidade). 1. 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. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

Artigo 438.º. (Mora da parte lesada). A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

Artigo 439.º. (Regime). Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior. PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47.344**, de 25 de Novembro de 1966. **Diário do Governo**, Lisboa, 1966. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

(c) tem a parte lesada direito à resolução ou modificação do contrato; (d) desde que a exigência das obrigações assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé; (e) e não esteja coberta pelos riscos do contrato³⁶⁸.

Feita a inclusão legislativa, o entendimento jurisprudencial Português a respeito dos impactos da crise norte-americana em Portugal³⁶⁹:

ALTERAÇÃO ANORMAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS. RESOLUÇÃO DE NEGÓCIO. MODIFICAÇÃO. BOA-FÉ. CRISE ECONÓMICA. INCUMPRIMENTO DO CONTRATO. NEXO DE CAUSALIDADE. [...]. No Verão de 2007, o excesso de crédito imobiliário concedido nos Estados Unidos da América e que ficou conhecido como «crise do *sub-prime*», desencadeou uma crise financeira internacional que se transmitiu ao plano económico e se agravou nos anos de 2008, 2009 e 2010, criando uma situação de recessão generalizada nas economias, a qual, se faz sentir em Portugal, nomeadamente, através do aumento do desemprego, aumento do número de famílias a recorrer a ajuda social, diminuição do consumo e encerramento de empresas, diminuição do PIB e aumento da dívida externa.

Outrossim, enfrentando o impacto da crise nos contratos, a jurisprudência portuguesa ponderou a existência de ciclos económicos e o fato de estes serem inerentes ao sistema capitalista, portanto, com oscilações ascendentes e descendentes. Inicialmente, considerou-se a recessão algo expectável pelos operadores comerciais³⁷⁰, estabelecendo-se que apenas fatores naturais e incontroláveis poderiam conferir exterioridade ao sistema e permitir a revisão dos contratos³⁷¹³⁷².

No entanto, este posicionamento resta minoritário: prevalece a caracterização da crise econômica como fator capaz de alterar as circunstâncias dos contratos

³⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 684.

³⁶⁹ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 187/10.4TVLSB.L2.S1**. 7. Secção. Relator Orlando Afonso. Data do acórdão 10/1/2013. Unanimidade. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/684735e67848b64980257b2400500835?OpenDocument&Highlight=0,187%2F10.4TVLSB.L2.S1>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

³⁷⁰ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo n. 1167/10/5TBACB-E.C1.S1**, 7. Secção. Relator Silva Gonçalves. Data do acórdão 10/04/2014. Unanimidade. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/50eb367a4879253a80257cba00397a01?OpenDocument&Highlight=0,1167%2F10>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁷¹ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo n. 876/12.9TVLSB.L1.S1**. 1. Secção. Relator Silva Gonçalves. Data do acórdão 26/01/2016. Maioria. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f5262663296f7da480257f480034d5b9?OpenDocument&Highlight=0,876%2F12.9TVLSB.L1.S1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁷² **Idem**.

interempresariais por ser “grave, inesperada e incontornável”³⁷³ capaz de gerar modificação imprevisível, anormal e relevante das circunstâncias³⁷⁴.

O Supremo Tribunal de Justiça Português admitiu a resolução de um contrato de *swap* de taxas de juros com fundamento na alteração do contexto financeiro causado pela crise de 2008, admitindo que a descida acentuada das taxas de juros havia sido causada pela crise econômico-financeira de 2008, cuja ocorrência imprevisível não se encontrava coberta pelos riscos próprios do contrato e justificando sua resolução com fundamento nos artigos 437º a 439º do Código Civil³⁷⁵. Sobre a imprevisibilidade de a crise econômica caracterizar uma alteração de grande base com permissão legislativa para atuação do Poder Judiciário, disserta António Menezes Cordeiro³⁷⁶:

Tem interesse particular testar o dispositivo do art. 437 do Código Civil perante as grandes alterações de circunstâncias, isto é, das modificações estruturais que venham bulir com a generalidade das variáveis económicas-sociais que caracterizam uma sociedade. [...]. A lei portuguesa não autonomiza a hipótese de grandes modificações ambientais. Em princípio deve concluir-se que ela é abrangida pelo artigo 437º do Código Civil. Haveria mesmo, perante a ocorrência de tais modificações, uma facilidade acrescida na aplicação desse preceito: os seus requisitos verificar-se-iam com maior clareza, uma vez que as alterações radicais e generalizadas tendem a mexer em todas as circunstâncias (e logo nas visadas pelo artigo 437º), são anormais, podem causar prejuízos de vulto e escapam, por vezes, a institutos já consagrados.

Não obstante, perante as grandes alterações das circunstâncias, a jurisprudência portuguesa tem sido cautelosa. [...]. De um modo geral, o Supremo Tribunal de Justiça evitou aplicar o dispositivo do artigo 347º/1 do Código Civil aos acontecimentos ocorridos durante a Revolução de 1974-1974 ou dela derivados. [...].

A crise financeira e económica de 2009/2014 suscitou um ciclo de aplicação da alteração das circunstâncias. Os tribunais foram, desta feita, mais permeáveis do que o ocorrido em 1974/1975; quiçá por a crise ter sido menos

³⁷³ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 187/10.4TVLSB.L2.S1**. 7. Secção. Relator Orlando Afonso. Data do acórdão 10/1/2013. Unanimidade. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/684735e67848b64980257b2400500835?OpenDocument&Highlight=0,187%2F10.4TVLSB.L2.S1>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

³⁷⁴ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 1387/11.5TBCL.G1.S1**. 7. Secção. Relator Granja Da Fonseca. Data do acórdão 10/10/2013. Unanimidade. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83a1d4ae8a10876180257c0600300716?OpenDocument>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁷⁵ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 1387/11.5TBCL.G1.S1**. 7. Secção. Relator Granja Da Fonseca. Data do acórdão 10/10/2013. Unanimidade. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83a1d4ae8a10876180257c0600300716?OpenDocument>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 693-695.

grave do que o sucedido com a descolonização e com as nacionalizações. *Grosso modo*, podemos afirmar que os tribunais entenderam a crise como uma realidade apta a provocar a intervenção dos tribunais, ex 437º/1. Todavia, rodearam-se de diversas cautelas, com relevo para a natureza dos riscos do jogo, para a causalidade entre a crise e os danos e para a própria possibilidade de certas ocorrências para só com moderação, usar dos remédios permitidos pela lei.

Assim, a crise econômica é uma verdadeira alteração imprevisível de circunstâncias não cobertas pelos riscos do contrato e que afetam gravemente os princípios da boa-fé. Todavia, exige-se uma correlação direta entre a crise econômica geral e a atividade específica da parte para permitir a revisão contratual³⁷⁷:

Sumário: [...]. III-Muito embora a crise económico-financeira possa criar desequilíbrios económicos susceptíveis de provocarem alterações anormais das circunstâncias, nem todos os incumprimentos – em tempos de crise – ficam a dever a essa alteração das circunstâncias.

IV- É necessário que haja uma correlação directa e demonstrada factualmente entre a crise económica geral e a actividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstâncias.

V- Não resultando provado nos presentes autos que a degradação da capacidade económica da autora – e que a conduziu à impossibilidade de satisfazer as obrigações assumidas com o réu – se tenha ficado a dever à crise económica internacional, não está configurada a previsão do n.º 1 do art. 437.º do CC. [...].

Em Portugal, a crise económico-financeira consubstanciou uma efetiva perturbação das condições de coexistência social, com repercussões generalizadas no tecido empresarial, pois os efeitos da crise do *sub-prime*, aliado a políticas agressivas para estancar a recessão, contribuíram para a diminuição do consumo. A conjugação destes fatores com o aumento da carga fiscal e o crescimento exponencial do incumprimento contratual conduziram muitas empresas à insolvência e, ademais,

³⁷⁷ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 187/10.4TVLSB.L2.S1**. 7. Secção. Relator Orlando Afonso. Data do acórdão 10/1/2013. Unanimidade. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/684735e67848b64980257b2400500835?OpenDocument&Highlight=0,187%2F10.4TVLSB.L2.S1>>. Acesso em: 22 jul. 2017. No mesmo sentido: PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 540/11.6TVLSB.L2.S1**. 2. Secção. Relator Tomé Gomes. Data do acórdão 22/06/2017. Maioria. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7c66b8d7b670fdcb80258147005997f3?OpenDocument&Highlight=0,swap%20>>. Acesso em: 10 jan. 2018; PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Processo **2118/10.2TVLSB.L1.S1**. 7. Secção. Relatora Maria Dos Prazeres Pizarro Beleza. Data do acórdão 08/06/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/920759bbc237d40d8025813900598bca?OpenDocument&Highlight=0,swap%20>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

colocaram empresas economicamente estáveis em profunda debilidade financeira, em razão dos profundos reflexos da crise na procura de bens e serviços³⁷⁸.

Destarte, a natureza cíclica das depressões econômicas é uma mera previsibilidade abstrata das partes que possuem consciência de sua existência em períodos de crise; não obstante, o comportamento cíclico da economia não apresenta elementos que permitam aos operadores comerciais concretizar prognosticamente seu momento de ocorrência ou a intensidade das reversões³⁷⁹.

O questionamento, portanto, sobre os efeitos da crise econômica e sua capacidade de ser suficiente para gerar alteração na álea normal dos contratos leva a uma resposta positiva devido à natureza, à dimensão, às causas e aos efeitos globais da crise financeira. Ela pode representar um fator de alteração das circunstâncias dos contratos interempresariais, pois superam o alcance de atuação e qualquer possibilidade de controle dos contraentes, o que pode representar uma alteração anormal das circunstâncias presentes no momento de sua celebração. Para Manuel A. Carneiro Frada:

A grande questão é saber se a crise financeira representa esta grande alteração de circunstâncias. A resposta estará na imprevisão/surpresa e nos reflexos da crise em cada contratante e sua respectiva obrigação. “Entre os factores a ponderar, há que considerar a dimensão da sua ocorrência, a sua não antecipabilidade generalizada e o facto de radicar em causas interdependentes múltiplas que ultrapassam o poder de actuação e influência dos actores económicos singulares (por mais poderes que sejam) e se projectam mesmo, como crise global, para além dos limites dos países e das várias zonas económicas do planeta. [...] é já opinião comum, largamente difundida em diversíssimos meios, que a crise económica que actualmente se vive constitui um acidente anormal, estrutural e grave na evolução que a economia mundial vinha experimentando. Por outro lado, a crise surpreendeu tudo e todos. [...] Este precedente serve para sufragar que, hoje como então, a natureza, a dimensão, as causas e os efeitos globais da actual crise financeira, ao transcenderem em muito a esfera de actuação e de controlo dos agentes económicos, pode perfeitamente representa uma alteração anormal das circunstâncias presentes ao tempo da conclusão dos diversos contratos celebrados pelos sujeitos; [...]”³⁸⁰.

No direito europeu, a alteração superveniente de circunstâncias em virtude da crise econômica é tida como situação excepcional, significativa e grave capaz de

³⁷⁸ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 367-368.

³⁷⁹ **Idem**, p. 439-440.

³⁸⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras, Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia**. Coimbra Editora, 2010, p. 684.

alterar a equação econômica do contrato negociado pelas partes e, portanto, permite a revisão contratual³⁸¹.

Na Romênia e na União Europeia, a teoria da imprevisão é considerada uma ferramenta importante no contexto da crise econômica e também em outras situações que afetem a estabilidade da economia. Este instituto deve ser mantido como excepcional contra a força obrigatória dos contratos, porque é uma solução extrema para o reequilíbrio do pacto³⁸².

Na Espanha, em que pese não ser positivada no Código Civil a possibilidade de revisão contratual e ter-se afastado a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no seu ordenamento jurídico em virtude da crise econômico-financeira, o Supremo Tribunal Superior reviu sua posição e passou a permitir a revisão dos contratos atingidos por alterações de circunstâncias em razão da crise. Trata-se do julgamento do Recurso Supremo n. 591/2014³⁸³, que determina a revisão contratual em virtude dos acontecimentos subsequentes à crise econômica. O julgamento considerou que as instituições devem se adaptar à realidade social do momento, e sua aplicação deriva da imprevisibilidade contratual da relação negocial decorrente da ruptura da base econômica do contrato, com a subsequente onerosidade excessiva.

³⁸¹ “a relevância alteração das circunstâncias é uma situação excepcional, que leva a que subsistência do contrato – ou, pelo menos, do contrato tal como foi inicialmente configurado – deixe de ser exigível pelo princípio da pontualidade. Somente uma alteração anormal, significativa e grave que afecte a equação económica negocialmente estabelecida permite a intervenção no equilíbrio alcançado entre as partes, interrompendo o desenvolvimento <natural> do contrato e afastando as regras da composição dos riscos que lhe são próprios. Ocorrendo, no entanto, uma alteração com estas características, torna-se fundamental a utilização do expediente das circunstâncias legalmente consagrado ou judicialmente construído, sendo decisiva a actuação correctora dos tribunais no sentido de assegurar a materialidade do resultado do exercício da liberdade contratual das partes, que se procura proteger com o princípio do *pacta sunt servanda*, e não a sua mera afirmação formal”. LOVATO NETO, Renato; GUIMARÃES, Maria Raquel. **Times they are a-changin’: De novo sobre a alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português, no direito europeu e nos instrumentos europeus e internacionais de harmonização do direito privado**. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, Junio 2016, 147-186. eISSN: 2340-5155, p. 36-37.

³⁸² MATEFI, Roxana; L. Cernea, *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*. Series VII, Vol. 9 (58) N. 1 – 2016. Disponível em: <[http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=e0d22a12-6ca6-44da-b56a-](http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=e0d22a12-6ca6-44da-b56a-da899fccca56f%40sessionmgr4010&bdata=Jmxhbm9cHQtYnlmc2l0ZT1lZHMtbGI2ZQ%3d%3d#AN=117485957&db=asx)

[da899fccca56f%40sessionmgr4010&bdata=Jmxhbm9cHQtYnlmc2l0ZT1lZHMtbGI2ZQ%3d%3d#AN=117485957&db=asx](http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=e0d22a12-6ca6-44da-b56a-da899fccca56f%40sessionmgr4010&bdata=Jmxhbm9cHQtYnlmc2l0ZT1lZHMtbGI2ZQ%3d%3d#AN=117485957&db=asx)>. Acesso em: 15 fev. 2018, p. 196. No original: The institution of unpredictability, a necessary toll in the context of economic crisis or other such factors which affect economic stability, must keep its exceptional character, as the rule is the mandatory force of contract; as stated by doctrine, unpredictability is an extreme solution during the execution of contract.

³⁸³ ESPANHA. Supremo Tribunal Superior, **ROJ n. 5090/2014**. 1. Sección. Ponente: Roman Garcia Varela. Fecha: 15/10/2014. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&referen ce=7234260&links=&optimize=20141223&publicinterface=true>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

No caso específico do setor imobiliário, a Construtora/Hotel teve seu pedido julgado procedente para pagar ao arrendador menos 29% de renda oriunda do empreendimento imobiliário. Segundo o Supremo Tribunal espanhol, a evolução econômica e as situações de crise econômica global ou de um setor em particular podem sustentar uma justificativa para o não-cumprimento das obrigações contratuais.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça pouco discutiu a repercussão da crise econômica e a onerosidade excessiva.³⁸⁴ No entanto, a intensidade da última crise foi notória³⁸⁵³⁸⁶ e, com base em pesquisa jurisprudencial realizada, é possível verificar um norte para debate.

No julgamento do REsp 646945/SP³⁸⁷, restou estabelecido que “a crise econômica mundial, cada vez mais frequente, não é evento capaz de tornar a obrigação dos embargantes excessivamente onerosa”. Deste julgado, restam duas possíveis conclusões: a crise não é um evento imprevisível em razão de sua frequência cada vez maior ou este evento isolado não é suficiente para alterar as bases do negócio.

Adentrando a base específica do negócio e o conhecimento de variáveis exógenas, o julgamento do REsp 299501/MG³⁸⁸, apesar de ter analisado um contrato

³⁸⁴ Realizada pesquisa jurisprudencial por meio consulta de palavras chaves vinculadas ao tema, descritas no anexo 2, abrangendo o período de 1/1/1997 até 1/10/2017, com o intuito de identificar julgados versando sobre onerosidade excessiva e a crise econômica. A pesquisa foi realizada com base na ferramenta de pesquisa da jurisprudência do site do Superior Tribunal de Justiça (disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>), inserindo-se palavras-chave no campo “pesquisa livre”: 478 + contrato + empresas; Onerosidade + excessiva + crise + econômica; Onerosidade + excessiva + crise; Onerosidade + excessiva + crise + financeira; empresarial + onerosidade + excessiva. Os resultados da pesquisa encontram-se no Anexo 2.

³⁸⁵ Além do PIB, outros indicadores do período demonstram o impacto da crise no Brasil, como (1) confiança do consumidor; (2) desemprego; (3) inflação; (4) dólar; (5) recuperação judicial; (6) indústria; (7) juros; (8) índice da bolsa de valores; (9) balança comercial; (10); produção de veículos; (11) poupança e (12) cheques sem fundo, corroborando a profunda mudança do cenário econômico no período recessivo. (VEJA. **Doze indicadores para resumir a crise brasileira em números**. [S.l.]: 2015. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/doze-indicadores-para-resumir-a-crise-brasileira-em-numeros/>>. Acesso em: 8 jan. 2018).

³⁸⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. **Indicadores mostram retração da economia brasileira**. São Paulo: 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/02/1859515-indicadores-mostram-desaceleracao-da-economia-brasileira-veja-infograficos.shtml>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

³⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 646.945/SP**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=646945&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 299.501/MG**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 11/09/2001, DJ 22/10/2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=299501&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

consumerista, estabeleceu que a verificação da onerosidade excessiva deve levar em consideração a conjuntura macroeconômica do momento de celebração do contrato. Assim, se as partes detinham conhecimento dos riscos envolvendo a operação feita em moeda estrangeira, devem suportar as diferenças resultantes da desvalorização, distribuindo as perdas pela metade.

Por sua vez, o REsp 1316595/SP³⁸⁹ aprofunda a necessidade do conhecimento das partes da situação econômica e, no caso citado, como a parte detinha pleno conhecimento das condições do mercado nacional e do cenário da economia mundial, não poderia se valer do instrumento da revisão por onerosidade excessiva para rever o pacto (no caso analisado, a parte pretendia a revisão de um aditivo contratual firmado após a constatação da crise financeira pela sociedade como um todo).

Sobre esta circunstância específica, vale registrar que a crise via de regra não caracteriza um fenômeno instantâneo, mas uma formação progressiva durante um período alargado: seus indícios vão evoluindo cada vez mais até chegarem ao conhecimento pleno da sociedade, começando dos agentes especializados (financeiras, seguradoras, economistas), em seguida dos empresários e, por fim da sociedade. A partir disto é que o intérprete poderá diferenciar a imprevisibilidade da ocorrência da imprevisibilidade dos efeitos. Será por meio de elementos fáticos disponíveis ao conhecimento dos contratantes no momento de celebração do contrato que o intérprete aferirá se a onerosidade posterior que atingiu o negócio constitui uma consequência previsível ou imprevisível para um operador comercial diligente. O juízo será casuístico, mas deverá considerar se, no momento de celebração do contrato, caso tenha sido celebrado no início da oscilação negativa da economia, teria sido possível aferir a duração e intensidade do ciclo descendente (crise). Esta avaliação, no entanto, perde o sentido se o contrato tiver sido celebrado após a posição recessiva da economia ter se cristalizado³⁹⁰, ressalvando a imprevisibilidade dos efeitos e duração da crise na economia

³⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1316595/SP**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200625787&dt_publicacao=20/03/2017>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁹⁰ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 440. No mesmo sentido: “em princípio, apenas os contratos celebrados com clientes antes do anúncio ou eclosão da crise mundial se poderão pretender modificar. Acordos posteriores a esse anúncio ou a essa eclosão já não

Concordam Egydio Marques Dias Netto e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves³⁹¹

que:

[...]. o princípio do equilíbrio econômico deve estar em consonância com o princípio da livre iniciativa, e, para tanto, na análise do caso concreto, o intérprete deve considerar o contexto da celebração do instrumento e a capacidade de domínio do ato contratual pelos seus agentes, como discorrido acima, sob pena de, ao se aplicar os textos legais do referido princípio, desequilibrar o mercado. Com esses parâmetros, é possível fazer a análise com maior precisão, para a aplicação ou não do princípio da onerosidade.

Assim, diante dos aspectos de sua natureza, dimensão, causas e efeitos globais, quando a crise financeira transcende em muito a esfera de atuação e de controle dos agentes econômicos, tem-se que ela pode perfeitamente representar uma alteração imprevisível das circunstâncias presentes ao tempo de conclusão dos diversos contratos celebrados pelas partes³⁹².

A exemplo do que se tem visto em outros países, resta possível atribuir à crise econômica a responsabilidade por uma alteração na álea de risco dos contratos interempresariais e, portanto, capaz de ensejar sua revisão, desde que haja uma correlação direta entre ela, a atividade desenvolvida pelo contratante e a onerosidade excessiva de sua obrigação contratual. Por outro lado, a perturbação da grande base do negócio pode não se refletir nos contratos interempresariais com intensidade tal que justifique sua revisão judicial³⁹³. Ademais, a característica aleatória dos próprios contratos interempresariais pode impor a conclusão de que o risco associado à onerosidade se encontra abrangido pela lógica contratual ou, ainda, que o evento seja previsível no momento de sua celebração, devendo a parte lesada tomar as cautelas contra a onerosidade³⁹⁴.

permitirão a invocação da imprevisibilidade e anormalidade do risco que é, em regra, essencial à intervenção do Art. 437, n. 1º. FRADA, Manuel Carneiro da. **Op. Cit.**, p. 692.

³⁹¹ DIAS NETTO, Egydio Marques; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **A verticalização na interpretação dos contratos empresariais**. Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015, p. 59.

³⁹² FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras, Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia**. Coimbra Editora, 2010, p. 682-683.

³⁹³ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 371-372.

³⁹⁴ COSTA, Mariana Fontes da. **De alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 371-372.

5 A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Com o desaparecimento da concepção da liberdade absoluta dos contratos como lei entre as partes, os princípios básicos passaram a conviver com novos princípios, socializantes, fazendo-se necessária a distinção entre a liberdade contratual estabelecida para os cidadãos e as funções da liberdade contratual reconhecida para a empresa³⁹⁵. Assim, configuram-se os contratos empresariais como um campo do direito privado em que os pressupostos da figura devem ser examinados *cum granus salis*³⁹⁶.

No âmbito empresarial, os contratos possuem seus traços próprios, como, por exemplo, o elevado grau de segurança e previsibilidade, que permite criar e manter estabilidade no mercado, a projeção do cálculo mercantil e o fluxo comercial virtuoso. É por este motivo que existe resistência à intervenção judicial em razão do desequilíbrio contratual em prol do princípio da força vinculante³⁹⁷.

Em todas as suas fases do contrato, qualquer um, seja pessoa física ou jurídica, deverá guardar os princípios da probidade e boa-fé objetiva, nos termos do artigo 422 do Código Civil. Especialmente em razão desta última é que será possível determinar a conduta *standard* esperada da contraparte e, desta forma, realizar-se um cálculo mais realista do grau de certeza e previsibilidade existente no mercado³⁹⁸.

Com esta previsibilidade pautada na boa-fé objetiva, poder-se-á tirar o máximo de vantagem de um negócio sem que ocorra abuso do domínio ou de qualquer outra faculdade humana e social. Deve-se ter em vista que o lucro é o objetivo do empresário e, para tanto, ele explora seu parceiro negocial, dentro dos limites da boa-fé, visando auferir a maior vantagem econômica possível.

O tráfego comercial exige a presunção de que o empresário seja homem ativo e probo, acostumado às práticas de mercado. A presunção, neste sentido, autoriza a contraparte a adotar postura despreocupada sobre o profissionalismo do empresário,

³⁹⁵ LUPION, Ricardo. **Interpretação dos contratos**. Revista da AJURIS –v. 41 – n. 135 – Setembro 2014, p. 407-408.

³⁹⁶ ANDRADE, Fábio Siebeneicheler. **A teoria da onerosidade excessiva no direito civil brasileiro: limites e possibilidade de sua aplicação**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 134, Junho 2014, p. 245.

³⁹⁷ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 179.

³⁹⁸ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 255-256.

o que diminui os custos de transação e facilita ainda mais o fluxo mercantil³⁹⁹. Esta presunção inclusive desautoriza a possibilidade de anulação do negócio por vício de lesão fundado na inexperiência⁴⁰⁰.

Espera-se, portanto, que o empresário que celebra um contrato adote condutas diligentes no sentido de obter todas as informações possíveis sobre o que estiver em negociação, valorando os riscos envolvidos, de modo que, se for constatada insuficiência de informações, ou sua assimetria informacional, e mesmo assim se optar pela celebração do negócio pela ponderação de que as vantagens seriam superiores às desvantagens⁴⁰¹⁴⁰², a parte empresária deverá arcar com os riscos de sua jogada⁴⁰³. Desta maneira, o ordenamento jurídico presume os contratantes em situação de igualdade⁴⁰⁴, garantindo um equilíbrio contratual capaz de ensejar uma livre negociação entre as partes com a aferição de um resultado justo. Esta presunção de igualdade, porém, não se refletirá nos ganhos auferidos, reservando-se a cada contraente sua parcela de lucro com base nas próprias condições de negócio.

Deste modo, aqueles que defendem a impossibilidade de modificação dos contratos sob qualquer tipo de circunstância o fazem “sobre o critério da racionalidade econômica. Privilegiam-se, assim, a segurança jurídica das transações de mercado e a eficiência do agente econômico”⁴⁰⁵.

Não obstante, defende-se que não será apenas e simplesmente a existência de um desequilíbrio econômico que prejudicará a justiça contratual de modo a tornar

³⁹⁹ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 263-264.

⁴⁰⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 28 da I Jornada de Direito Comercial**: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão na inexperiência”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/53>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 265.

⁴⁰² No mesmo sentido: “não se pode exigir uma absoluta igualdade na equação contratual, porque no comércio jurídico é natural procurar-se o lucro que só é atingível se um dos contratantes exigir uma certa vantagem sobre o outro”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. III, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 221.

⁴⁰³ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 264.

⁴⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1112796/PR**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1112796&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁰⁵ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 181.

necessária a intervenção judicial. Para que se abalem os pilares do *pacta sunt servanda* e se autorize uma revisão do pacto, simultaneamente aos outros requisitos do artigo 478 do Código Civil, são necessárias circunstâncias excepcionais e imprevisíveis que onerem excessivamente a álea normal do contrato celebrado.

A situação excepcional e imprevisível decorre da própria condição humana, de modo que os agentes econômicos não são capazes de prever todos os riscos passíveis de atingir o contrato, inclusive os eventos estruturais de grande proporção, como as crises econômicas. Aliás, esses eventos encontram-se na grande base do negócio e nesta seara os contraentes acreditam que nenhuma mudança relevante acontecerá nas conjecturas políticas, sociais e econômicas⁴⁰⁶.

A racionalidade limitada do agente econômico também se aplica às partes empresárias, mesmo com seu profissionalismo e dever de conduta ativa e proba. Deste modo, os contratos terão variados graus de incompletude, que podem aumentar conforme sua complexidade e duração⁴⁰⁷⁴⁰⁸. O direito mercantil sempre reconheceu a impossibilidade de o empresário possuir todas as informações relacionadas à transação e ao futuro em razão de sua imprevisibilidade natural ou pelos custos de transação envolvidos para se obter a completude das previsões⁴⁰⁹:

A doutrina especializada costuma apontar as seguintes causas dessa incompletude: [i] impossibilidade de previsão do futuro; [ii] improbabilidade do acontecimento de certos fatos: alguns eventos, embora possam até ser cogitados, são tão improváveis que sua disciplina no contrato não se mostra compensadora. '[H]á limites para o tempo que nós podemos ou devemos

⁴⁰⁶ KEGEL, Gerhard apud CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1053-1054 e 1057, p. 138.

⁴⁰⁷ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181.

⁴⁰⁸ No mundo real, as partes simplesmente não conseguem prever todas as contingências futuras no momento que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão dados sobre a outra contratante, sobre os possíveis desdobramentos do ambiente institucional, sobre o porvir. As empresas 'não são capazes de prever todos os eventos futuros que poderão se verificar no curso da relação, não são capazes de adquirir e processar todas as informações relevantes para delinear planos de ação adequados, não são capazes de escrever em um contrato todas as possíveis eventualidades de forma clara e não ambígua. Por conta disso, afirmam os economistas que os agentes econômicos agem impelidos não por uma racionalidade plena e onisciente – que existiria se tudo fosse perfeito – mas pela racionalidade limitada [...]. Entretanto, apesar das limitações a que estão sujeitos, os agentes econômicos buscam agir racionalmente. 'Elas reconhecem que não são capazes de prever todas as coisas que podem vir a ser importantes, elas compreendem que a comunicação é custosa e imperfeita e que os entendimentos são sempre deficientes, elas sabem que não podem encontrar matematicamente a melhor solução para problemas difíceis. Elas podem agir de forma intencionalmente racional, procurando fazer o melhor possível, dadas as limitações sob as quais trabalhavam. E elas aprendem'. Perceba-se que a concepção de racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém afirma que exercem essa racionalidade dentro das inapeláveis fronteiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem. FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 150-152.

⁴⁰⁹ **Idem**, p.153.

perder procurando prever todas as contingências em nossos contratos'; [iii] imprecisão da expressão do acordo: a linguagem é naturalmente inexata e muitas vezes falha na exata determinação do contrato⁴¹⁰.

Na esfera jurídica, o contrato será considerado incompleto quando não regular explicitamente algumas variáveis da relação. Na esfera econômica, por sua vez, o contrato será incompleto quando não estabelecer ações e ganhos para as partes em todas as situações possíveis. A incompletude contratual, desta forma, é esperada diante de eventos imprevisíveis como as grandes oscilações do mercado ou as inovações tecnológicas, que podem vir a alterar a relação entre o custo e o benefício originariamente acordada. Assim, a teoria do contrato incompleto reconhece a racionalidade limitada e a conduta oportunista das partes envolvidas nas relações negociais duradouras.

A complexidade das operações prolongadas no tempo, aliada aos custos de transação envolvidos na busca, por vezes, da utópica completude contratual, convida as partes a não disporem previamente sobre todas as agruras, sob pena de se agregar um custo excessivo ao contrato, que o inviabiliza, bem como a acreditar que poderão realizar ajustes futuros em sua relação contratual por meio da cooperação⁴¹¹. Desta forma, a incompletude contratual torna-se uma opção relevante quando nenhuma jogada puder socorrer de maneira ótima o imprevisível, sustenta-se, em razão disso, que deve sempre haver uma cooperação entre os contraentes diante da ocorrência de uma contingência inicialmente não prevista⁴¹².

Com a superveniência de um evento imprevisível e oneroso na relação contratual, Antônio Junqueira Azevedo reforça o dever de cooperação e a boa-fé de não impor sacrifício excessivo à contraparte com a exigência do cumprimento na prestação:

Nos contratos de colaboração, dois dos atuais 'princípios sociais' dos contratos, o do equilíbrio contratual e o da boa-fé, vêm reforçados por força da própria natureza do contrato. Parecem oportunas as seguintes palavras de Betti: 'Se de cooperação se trata, não é humano (porque anti-social) pretender o sacrifício da existência patrimonial do devedor para ter fé no contrato. Isto seria contrário à ideia da cooperação no interesse do consorciado; isto seria contrário ao próprio critério da boa-fé contratual. Pois que a boa fé é, sim, essencialmente fidelidade, empenho de cooperação no interesse alheio para o adimplemento das legítimas expectativas alheias mas de frente à superveniência de eventos

⁴¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 154.

⁴¹¹ BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 62.

⁴¹² **Idem**, p. 79.

imprevisíveis, que excedem a álea normal do tipo contratual concluído (álea com a qual todo contratante deve fazer os seus cálculos), a mesma boa-fé, entendida como fidelidade e empenho, não pode chegar a ponto de requerer o sacrifício da existência patrimonial. Então, em circunstâncias similares, a lei intervém para compor a antinomia entre duas exigências opostas, a da certeza das relações jurídicas e a de justiça: trata-se, de fato, de uma exigência de justiça, uma exigência de equidade, entendida não no sentido incolor, vago e no fundo escassamente significativo que a palavra vem assumindo no banal uso e abuso cotidiano, mas sim entendida no sentido de equidade da cooperação. Não é efetivamente admissível uma cooperação se não em um plano de paridade e reciprocidade entre os consorciados, que leve em conta aquela que era, de acordo com toda previsão razoável, a avaliação comparativa do custo e do rendimento, daquele que era o peso, o sacrifício, o ônus econômico da prestação em confronto com a vantagem correspondente, daquela que era a economia global do arranjo de interesses previstos no contrato'. (teoria generale delle obbligazioni, I, Milão, 1953, p. 194; negritos do autor).⁴¹³

A presença de lacunas jurídicas em nada se assemelha à escolha livre e voluntária das partes em não disciplinar *ex ante* todas as contingências econômicas⁴¹⁴. O risco econômico previsível sempre será gerido pelas partes de maneira positiva (presença no contrato com distribuição das obrigações de cada parte e dos respectivos ônus e bônus) ou negativa, com a incompletude contratual *ex ante*, por meio de lacunas que serão integradas futuramente, caso sobrevenha a situação excepcional à álea normal⁴¹⁵. Se as partes não dispuseram sobre o risco econômico por estar fora do alcance da sua previsibilidade (não-alocação involuntária), caso o aludido risco se implemente, poderá restar em uma onerosidade excessiva da prestação contratual.

Para quando sobrevier um evento excessivamente oneroso e não houver a cooperação *ex post* das partes é que foram criados mecanismos para enfrentar a incompletude contratual. Um “eloquente exemplo é o instituto da onerosidade excessiva, que autoriza a denúncia no caso do advento de evento imprevisto e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia [do contrato]”⁴¹⁶. Bem

⁴¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função Social do Contrato. (Parecer Civil)**. Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 832, fev/2005. P. 1-800, p. 131.

⁴¹⁴ CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. **Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo**. Rev. direito GV vol.10 n.1 São Paulo jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007> Acesso em: 29 set. 2017.

⁴¹⁵ BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto**. 2014. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014, p. 183.

⁴¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Parecer) **Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos**

exemplificando as situações excepcionais e de onerosidade excessiva com extrema vantagem para a contraparte envolvendo contratos entre empresas, recorre-se ao já citado parecer de Antônio Junqueira de Azevedo e sua respectiva conclusão⁴¹⁷, segundo a qual as partes detinham uma expectativa razoável de desembolso e que os riscos assumidos no contrato não compreendiam uma profunda alteração estrutural do setor, bem como que não existia nenhuma cláusula indicando a assunção de riscos extraordinários. Sendo assim, o autor ponderou que um fato superveniente gerou o desequilíbrio das prestações de modo a autorizar a revisão contratual:

Tendo em vista estas considerações, torna-se evidente que o entendimento dos contratos de consórcio e dos *participation agréments* celebrados entre Petrobrás e El Paso, Enron e MPX leva a concluir, até mesmo pela expressão utilizada “contribuição de contingência” – voltaremos ao assunto – que o risco assumido pela Petrobrás não compreendia o de uma alteração estrutural do setor de energia elétrica tão profunda como a verificada *in casu*. Não existe, nos acordos celebrados, nenhuma cláusula que indique assunção de riscos extraordinários, a ponto de a “contribuição de contingência” tornar-se **permanente**. Examinada a questão sob o ângulo dos riscos, percebe-se que todas as consequências onerosas dos fatos extraordinários e imprevisíveis estão com a Petrobrás, **onerosidade excessiva**, e nenhuma com suas parceiras, **extrema vantagem**. A **expectativa razoável** das partes não era que a Petrobrás viesse a desembolsar montante superior ao próprio valor posto pelas parceiras na construção das termoelétricas. Assim, ressalvado o que diremos na última parte desse parecer, impõe-se reconhecer o desequilíbrio contratual causado por fatos extraordinários e imprevisíveis, com excessiva onerosidade de um lado e, conseqüentemente, extrema vantagem de outro, para o fim de resolver, na forma da lei, os contratos de consórcio (art. 478 do C.C. de 2002) ou, se possível, adequá-los equitativamente (art. 479 do C.C. de 2002). (Grifos do autor)

Assim, a teoria da onerosidade excessiva, com matriz nos artigos 478 a 480 do Código Civil, “é a resposta do legislador para lidar com os fenômenos da incompletude contratual involuntária [não prevista ou não querida pelas partes] e da racionalidade limitada dos agentes econômicos”⁴¹⁸⁴¹⁹. Por meio de normas exógenas

relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função Social do Contrato. Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 832, fev/2005, p. 1-800, p. 153.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 131.

⁴¹⁸ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual.** Curitiba: Juruá, 2015, p. 182-183.

⁴¹⁹ Em sentido mais amplo, Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima defendem que a incompletude contratual, inclusive a deliberada, seja uma nova modalidade contratual apta a gerir o controle de riscos, sendo que as partes poderão sanar imprevistos contratuais após a formação do contrato pela cooperação. “O contrato relacional, um tipo de contrato incompleto, tem como vantagem não ser apenas governado pela regra legal, mas também pela regra extralegal proveniente da mesma relação. Tais regras incentivam as partes a proceder corretamente na fase de execução do contrato, ainda mais se ocorrerem mudanças de circunstâncias. As partes se utilizam de “remédios” extrajurídicos para sanear futuras contingências. Sua divergência do modelo clássico do direito dos contratos é mais evidente quando o contrato não é adimplido nas condições previstas, deve o jurista afastar a aplicação

(dispositivos 478 a 480 do Código Civil), o Estado interfere na atividade econômica, implementando condições para catalisar o tráfego comercial em uma situação de adversidade⁴²⁰, diminuindo os custos de transação e aumentando a segurança jurídica, com o intuito de diminuir as falhas de mercado⁴²¹. Assim, a função do Direito passa a ser a de eliminar “as distorções que emergem do funcionamento do mercado ou do modo de produção” em vistas da “preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores – e, portanto, competir – livremente”⁴²².

A vertente que nega a aplicação destes dispositivos em razão da exigida segurança e previsibilidade do mercado também pode ser superada com a inexistência de qualquer restrição do legislador sobre a sua aplicação aos contratos interempresariais. Hugo Tubone Yamashita explica:

Atente-se outrossim que a própria técnica do conceito vago utilizada pelo legislador nos dispositivos da onerosidade excessiva é claro indicativo de que o modelo deve ser aplicado às mais diversas categorias contratuais (excluindo, por óbvio, o que for excepcionado pela lei, como, por exemplo, os contratos de consumo). De fato, os conceitos legais indeterminados trazidos

da teoria da imprevisão, devendo incentivar as partes, quando da ocorrência de circunstâncias supervenientes, a adotar um clima de cooperação, gerindo *ex post* a contingência não prevista, em conformidade com a teoria do contrato incompleto. Há um longo caminho a ser percorrido até se chegar ao contrato incompleto como solução ideal para os contratos de longo termo. É imprescindível a cooperação entre as partes, a eliminação de cláusulas de onerosidade excessiva e o reconhecimento da importância de eliminar custos transacionais desnecessários, deixando em aberto determinadas previsões contratuais a serem dirimidas *ex post*. É, sim, possível concluir que a teoria econômica do contrato incompleto amplia a hipótese de revisão que se baseia na teoria da imprevisão, inovando, portanto, a ordem jurídica e abrindo novos caminhos para esse novo tipo de contrato que se impõe ao Brasil que começa a trilhar rumo à estabilidade financeira e assegurar aos contratantes uma base mais sólida e possível para permitir a “ousadia” dos contratos de longa duração”. CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. **Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo**. Rev. direito GV vol.10 n.1 São Paulo jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007> Acesso em: 29 set. 2017.

⁴²⁰ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 184.

⁴²¹ A ordem jurídica do mercado, no que tange ao direito comercial, é composta por normas endógenas e exógenas, ou seja, por normas que emergem do comportamento dos próprios agentes econômicos e por outras que provêm de autoridade que lhe é externa (o Estado, no mais importante dos exemplos). Na verdade, essa classificação revisita as tradicionais fontes de direito mercantil, há séculos apontadas pela doutrina: [i] as leis (normas exógenas) e [ii] os usos e costumes (normas endógenas). As leis têm a primeira função de implementar políticas públicas – como foi afirmado ao longo deste trabalho –, levando as fronteiras do direito comercial a perfil diverso do que assumiria se o mercado funcionasse livremente, motivado apenas pela racionalidade econômica. Além disso, muitas vezes as normas exógenas atuam simplesmente para catalisar o fluxo de relações econômicas, destinando-se, por exemplo, a diminuir os custos de transação, a aumentar o grau da segurança jurídica ou mesmo a eliminar as falhas do mercado. FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 190.

⁴²² FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 182-183.

pela lei – ‘excessivamente onerosa’, ‘extrema vantagem’ e ‘acontecimentos extraordinários e imprevisíveis’ – sugerem que a intenção do legislador foi, justamente, a de permitir ao julgador subsumir o fato do caso concreto à norma. Ao invés de uma regra rígida, há uma fluidez na norma, o que, mais do que permitir sua aplicação aos contratos empresariais, torna mandatória sua utilização pelo julgador”.

O objetivo do legislador foi justamente abrir a brecha na rígida construção normativa, permitindo a reparação de graves fatores de desequilíbrio contratual, não previstos ou não previsíveis no momento da contratação, mas que tenham o condão de afetar gravemente a segurança e a estabilidade das contratações. Assim, a teoria da onerosidade excessiva dos contratos interempresariais se apresenta perante uma mudança radical dos pressupostos das negociações para corrigir a nova situação⁴²³.

Frise-se, todavia, que a teoria da onerosidade excessiva não servirá para socorrer a má alocação dos riscos geridos pelas partes, mas apenas o risco imprevisível⁴²⁴, ou seja, se o risco foi gerido dentro do contrato, ele acaba integrando a álea normal e previsível. Contudo, tal previsão não impede a análise caso a extensão dos efeitos do “previsível” não tenha sido considerada no momento de celebração do contrato.

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves⁴²⁵ adverte que a possibilidade de relativização dos contratos interempresariais não podem ser fruto apenas da racionalidade limitada ou de previsões erradas, mas demanda uma análise pontual de cada caso a partir da lógica empresarial com respeito à dinâmica do contrato vigente, ou seja, observando os ganhos iniciais da negociação e os limites de conhecimento prévio que as partes deveriam ter sobre os negócios que seriam realizados:

Não é pelo fato de haver equívocos na formulação dos contratos (frutos da própria racionalidade limitada do sujeito contratante) ou previsões erradas

⁴²³ TARTAGLIA, Paolo. *Onerosità eccessiva in Enciclopedia del diritto*. Milano, Giuffrè, 1958. V. 30, p. 155-175, p. 157. No original: *Il legislatore si è trovato dinanzi all’alternativa di considerare prevalente il principio pacta sunt servanda, secondo il quale non bisogna dar rilievo a qualunque modificazione dela relatà sopravvenuta ala conclusione del contrato (al di fuori dela impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore), oppure di aprire una breccia in questa rígida costruzione normativa dando aceso ad un nuovo strumento che fosse in grado di porre riparo a gravi fattori di squilibrio contrattuale non previsti né prevedibili al momento dela stipualizione, m ache avrebbe inciso gravemente sulla sicurezza e stabilittà dele contrattazioni. Ocorreva dunque superar ela barriera protetiva costruitasi nei secoli a salvaguardia dela certeza contrattuale e, dunque, delle premesse contenute nelle pattuizioni intercorse tra le parti, consentindo, invece, in ipotesi di mutuoamento radicale dei presupposti contrattuali, l’utilizzazione di um remédio che fungesse de corretivo ala nuova situazione venutasi a creare.*

⁴²⁴ BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**, 2014. 253f. Tese (doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 183.

⁴²⁵ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues [Visconde de Cairu]. **Da necessária superação paradigmática na interpretação dos contratos empresariais e da importância do resgate dos princípios no direito empresarial**. 2012. 60 f. Dissertação (Prêmio Mario e Inah Barros Para o Desenvolvimento do Direito Empresarial Brasileiro). Salvador, 2012.

acerca do retorno que se conseguirá no negócio que os contratos empresariais devem ser necessariamente relativizados pelo Poder Judiciário⁴²⁶.

Assim, a correção por onerosidade excessiva busca restabelecer o equilíbrio intracontratual decorrente de um acontecimento externo que atinge diretamente as obrigações ajustadas, desde que o evento imprevisível e sua extensão estejam fora da álea (gestão) de risco do contrato celebrado. Além disto, cumpre analisar se a prestação foi atingida pela onerosidade em termos objetivos, e não conforme as condições subjetivas do devedor, excluindo-se qualquer consideração relativa ao nexo existente entre o ônus da prestação e a economia própria do devedor, suas dificuldades subjetivas para adimplemento da obrigação, como, por exemplo, dificuldades financeiras, de acesso ao crédito bancário em razão da crise ou qualquer outra situação pessoal do devedor que em nada se relacione com as prestações assumidas no negócio⁴²⁷, para evitar a utilização do instituto por oportunismo do agente econômico.

Sendo assim, em face das regras exógenas e endógenas do mercado e da consequente incompletude contratual, a revisão contratual judicial com base nos artigos 478 a 480 do Código Civil é aplicável aos contratos interempresariais, servindo inclusive para catalisar o tráfego comercial e incentivar o fluxo econômico, uma vez que reduz os riscos da racionalidade limitada e os custos de transação.

5.1 SOLUÇÕES PARA A ONEROSIDADE: RENEGOCIAÇÃO E O PAPEL DO JULGADOR

A resposta exógena para enfrentar a onerosidade excessiva em um contrato interempresarial se encontra presente no artigo 478 do Código Civil e, portanto, existe a obrigatoriedade de preenchimento dos requisitos (vide capítulos anteriores) para obter a consequência normativa do dispositivo⁴²⁸. Com a presença confirmada dos

⁴²⁶ Ainda a este respeito, o Enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 25 da I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/53>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴²⁷ BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**, 2014. 253f. Tese (doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 185-186.

⁴²⁸ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 196.

requisitos em atenção à lógica empresarial, abre-se a possibilidade de a parte prejudicada pela onerosidade obter a resolução ou revisão do contrato.

A lei, todavia, não apresenta solução objetiva ou metodológica para a realização da revisão contratual. Deste modo, se ficar reconhecida onerosidade excessiva, restarão duas alternativas: (i) o acordo das partes ou (ii) a decisão equitativa do juiz, readequando a possibilidade de cumprimento do contrato. As peculiaridades de ambos os casos serão tratadas a seguir.

5.1.1 A renegociação e os ganhos de cooperação

O contrato interempresarial é formado sob uma base racional de maximização de benefícios individuais, que podem ser mensurados a partir de ganhos financeiros. Em um verdadeiro jogo de cooperação, a limitação das liberdades tem como objetivo uma vinculação para que as partes busquem, juntas, um resultado melhor para ambas, ou seja, a maximização dos resultados comuns, mesmo que com objetivos independentes: cada uma busca seu próprio lucro sem pensar na contraparte. Agindo de forma isolada, os resultados não seriam maximizados da mesma forma que são depois da amarra contratual⁴²⁹.

Para Fernando Araújo, as interações repetidas permitem alcançar vantagens associadas aos jogos com aprendizagem e, sobretudo, uma espécie de poder de mercado em relação à outra parte, uma quase-renda monopolística da fidelização e da inércia das suas contrapartes contratuais em detrimento de novas concorrências⁴³⁰.

Segundo a Teoria dos Jogos⁴³¹, um contratante somente cooperará com o outro se visualizar benefícios decorrentes deste jogo, salvo imposições do direito contratual ou se a moral estabelecer regras específicas⁴³². Em contratos de longo prazo, por exemplo, em que os contratantes possuem um relacionamento mais próximo, a cooperação torna-se ainda mais relevante para as partes, tanto é que

⁴²⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 202-204.

⁴³⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 382.

⁴³¹ A Teoria dos Jogos analisa diferentes tipos de situações, que são denominadas jogos, e refletem padrões humanos com características próprias, dependendo do que cada um dos jogadores espera do resultado. SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 79.

⁴³² AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 128.

estudos demonstram que, se na primeira rodada um jogador coopera, a mesma postura poderá ser repetida nas próximas rodadas. Caso contrário, se um jogador não cooperar, a postura do outro também será de não-cooperação: é o que se chama de comportamento “olho por olho” ou “*tit for tat*”⁴³³.

Para a cooperação, é válido buscar o equilíbrio de Nash, cujo raciocínio é de que as partes busquem a maximização dos benefícios em um dado jogo. Entretanto, por vezes é melhor que elas abram mão de um ganho maior para que ambas possam ganhar de forma proporcional. Assim, um jogador sempre agirá da mesma forma enquanto souber que o outro também o fará, e todos podem ganhar. Portanto, quanto mais informação e conhecimento houver sobre o comportamento dos demais, maior será a probabilidade de equilíbrio, e os resultados serão divididos entre todos os jogadores”⁴³⁴.

Em relações comerciais duradouras, diante de um contato próximo e da percepção de ganhos futuros das partes, elas tendem a negociar para resolver suas disputas, sem a necessidade de recorrer ao Judiciário. A cooperação deve ser estimulada não por um viés “solidário” ou “bondoso”, mas sim porque reduz custos de transação e permite ganhos efetivos, permitindo, assim, que os contratos atinjam níveis de eficiência considerados ótimos⁴³⁵.

Nos contratos interempresariais, a cooperação ganha destaque em razão das disposições sobre trocar informações, divisão de riscos, colaboração na produção de produtos e processos de inovação, negociação de patentes e know-how. Deste modo, em tempos de desconfiança e crise nos contratos⁴³⁶, a cooperação é um fator apto a promover uma economia bem-sucedida, pois gera confiança e continuidade dos negócios. Sob o paradigma da boa-fé objetiva, a cooperação seria uma obrigação. Visando a maior eficiência, as partes devem reciprocamente colaborar para extrair a maior utilidade e eficiência uma da outra⁴³⁷.

⁴³³ SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 81.

⁴³⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 129-130.

⁴³⁵ SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 82-84.

⁴³⁶ MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21.

⁴³⁷ SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 85 e 131-132.

Para Paula Forgioni, tal é a relevância da cooperação que uma terceira categoria de contratos deveria ser considerada para o direito comercial, além dos contratos de intercâmbio e associativos: os contratos de colaboração, normalmente de longo prazo, em que as partes possuam interesse comum e muito intrínseco de que suas trocas ocorram de forma mais eficiente possível⁴³⁸.

Outrossim, o dever de cooperação é de ambas as partes, credor e devedor, pois, “a relação contratual é complexa e por vezes exige cooperação para o atingimento do programa contratual, independentemente de sua posição obrigacional naquele momento específico da execução do contrato”, inclusive sob pena de a parte omissa responder pela mora de sua falha⁴³⁹.

Sobrevindo a onerosidade excessiva que impeça o cumprimento do contrato, o devedor deverá fazer tudo o que estiver ao seu alcance para minimizar os prejuízos sofridos e, nessa circunstância, o credor deverá cooperar para evitar maiores custos/prejuízos, fazendo tudo o que for possível, mas obviamente dentro da razoabilidade do contrato e *expertise* das partes⁴⁴⁰.

Assim, a renegociação se encontra com um dos deveres laterais de cooperação e deve ocorrer sempre que uma “perturbação causada ao contrato de longa duração ou execução diferida tenha o condão de sensivelmente alterar-lhe a base objetiva sobre a qual foi pactuado”⁴⁴¹. Não obstante, no caso da onerosidade excessiva, devem-se observar os limites da contratação e expectativas de cada parte; caso contrário, dar-se-ia margem a comportamentos oportunistas⁴⁴². Nesta esteira,

⁴³⁸ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 173.

⁴³⁹ SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 147-159

⁴⁴⁰ **Idem**, p. 173-174. A autora também cita o Recurso Especial 758.518-PR. Terceira Turma. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Julgado em 17.06.2010. “3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade”.

⁴⁴¹ NERY JR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. **Renegociação contratual**. Revista dos Tribunais, ano 100, vol. 906, p. 113-155, abr./2011, p. 130.

⁴⁴² SCHUNK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 199-200: Não concordamos com uma revisão contratual “forçada” pelo juiz. Sem dúvida, há que se priorizar a conservação do contrato e a manutenção do vínculo, mas, se as partes chegam a um litígio como tal, em uma situação na qual normalmente já se tentou uma renegociação e ela não foi atingida, não se pode transferir ao juiz (ou igualmente ao árbitro) a tarefa de criar as condições contratuais às quais as partes estarão vinculadas. Isso, em nossa opinião, fere por completo a autonomia privada, já que ninguém pode ser obrigado a contratar. Ademais, ainda que o juiz requeira a realização de perícia e se cerque de profissionais capacitados sobre a questão contratual de fundo, que até tenham, em tese, condições técnicas de sugerir o reequilíbrio do contrato, fato é que nos parece

Fernando Araújo concorda que este é um instrumento eficaz para a retomada do bem-estar na partilha de excedentes criados pelo fato não previsto no início da relação contratual⁴⁴³ e que a renegociação seria a resposta com menor custo de transação⁴⁴⁴:

Nestes casos, a reformulação das posições recíprocas seria geradora de bem-estar <em soma positiva> – caso em que a norma jurídica não deve constituir-se em obstáculo a uma reestruturação contratual *ex post* mutuamente vantajosa e até Pareto-Eficiente, se ela facilitar a circulação de bens em direção àqueles que revelam a mais cobrir que não era as partes inicialmente envolvidas no contrato.

A modificação equitativa do vínculo contratual (artigo 479 do Código Civil Brasileiro) por meio de renegociação ou decisão judicial, com a eliminação, quando possível, ou atenuação da onerosidade excessiva causada pelo evento imprevisível, garante vida à relação contratual, pois conserva as relações jurídicas e atende a função econômica e social do negócio jurídico empresarial⁴⁴⁵.

Ademais, a renegociação evita a intervenção de terceiro sobre o equilíbrio e disciplina contratual, o que pode envolver elevados custos de transação e incerteza do resultado mais eficiente⁴⁴⁶. Esta, inclusive, se apresenta como uma tendência em contratos internacionais, já que permitem que as partes mantenham em suas mãos o controle sobre o destino dos contratos, evitando distorções indesejadas pelo Judiciário:

total afronta aos princípios contratuais obrigar a parte a aceitar condições que ela não deseja. Obviamente que a situação concreta terá de ser avaliada com muita cautela, podendo-se inclusive condenar a parte que não aceitou negocialmente resolver o contrato a indenizar as perdas e danos da outra, caso essa tenha sido uma das tentativas da parte prejudicada em razão da alteração das circunstâncias ou da incompletude.

⁴⁴³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 611: “Consideramos ainda que a renegociabilidade (na prática, a possibilidade de redefinição da partilha dos excedentes de bem-estar) pode ser uma salvaguarda contra a constatação superveniente da inverificabilidade – quando as partes descobrem que, vedado o recurso a tribunais ou árbitros, ficaram à mercê uma da outra, e por isso lhe interessaria modificarem uma disciplina contratual inicialmente concebida para receber o apoio da hetero-disciplina normativa. Mais amplamente, recordemos que fechar a opção da renegociabilidade é vedar à auto-disciplina uma saída para o inacabamento contratual, reservando as soluções em exclusivo às instâncias hetero-disciplinadoras: com efeito, na <Teoria da Agência> trata-se antes de mais de conceber o contrato ótimo em circunstâncias nas quais existem oportunismo e limitação informativa sobre os sinais observáveis e verificáveis das escolhas do agente – e existiria a possibilidade de se recobrir num contrato completo todas as correlações entre esforço do agente e respectiva remuneração, não fossem interferir na formação desse contrato completo as consequências da complexidade contratual, remetendo as partes para dentro dos limites de uma negociação finita *ex ante*.”

⁴⁴⁴ **Idem**, p. 627.

⁴⁴⁵ GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos negócios**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 255-258.

⁴⁴⁶ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 473-474.

[...] in England as in France, we are even under the impression that the lack of a general mechanism allowing judicial modification actually invites the parties to take their precautions while drawing up the terms and conditions of the contract. It is definitely a way to encourage 'the parties to take into their hands their contractual destiny'. Those clauses have become standard in international contracts.

Deste modo, além dos ganhos de cooperação intrínsecos à renegociação e à continuidade negocial, existem os ganhos com a redução de incertezas oriundas de decisões judiciais ou até mesmo arbitrais.

5.1.2 Obrigações legais envolvendo a renegociação

A conjugação dos artigos 478 e 479 do Código Civil estabelecem que, a partir da demanda resolutória, este desfecho poderá ser evitado se o Réu oferecer a modificação equitativa das condições do contrato. Em que pese acreditarmos que a revisão seja uma solução disponível ao devedor da obrigação (vide item 3.2), questiona-se se o Poder Judiciário poderia exigir a renegociação prévia das partes, mesmo sem existir qualquer comando contratual para este fim (cláusula de renegociação (*hardship*)).

Pela cláusula de renegociação (*hardship*), as partes assumem voluntariamente a obrigação de, previa e ativamente, procurar um novo acordo, com vista a promover o equilíbrio da equação econômica, distorcida por efeito da alteração superveniente inesperada. Se tal obrigação não for cumprida, a parte lesionada terá o direito de receber uma indenização pelos danos causados⁴⁴⁷.

A difusão deste clausulado comercial mais frequente em contratos internacionais (artigos 6.2.2 e item (1) do 6.2.3. dos Princípios UNIDORIT e 6:111 PECL) tem feito surgir a discussão sobre esta ser a primeira obrigação das partes frente a uma alteração superveniente de circunstâncias e inclusive que tal obrigação estaria presente no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 478 e ss. do Código Civil.

A justificativa reside no fato de que, na ausência de cláusula de renegociação, seria possível atribuir visão extensiva aos referidos dispositivos legais para impor o dever de renegociar extrajudicialmente as cláusulas atingidas pela onerosidade excessiva. Esta possibilidade dar-se-ia em razão da boa-fé objetiva e seus efeitos nos deveres anexos à prestação principal e da solidariedade social e, portanto, impõem a

⁴⁴⁷ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 474.

interpretação extensiva do artigo 478 do Código Civil, permitindo a conservação dos negócios jurídicos⁴⁴⁸. Nesta hipótese, os contratantes seriam submetidos a um período compulsório de renegociação em que haveria obrigação de meio de se apresentarem propostas concretas de negociação. Não havendo composição, as partes podem resolver o contrato ou submetê-lo à análise do Judiciário, que poderia analisar a possibilidade da solução revisional e, em caso positivo, fazê-lo em atenção à equação econômica inicial^{449,450}.

No entanto, não se pode concordar com a possibilidade de imposição pelo julgador de obrigações contratuais não convencionadas pelas partes no programa contratual, sob pena de ocorrer uma agressão à autonomia da vontade⁴⁵¹. Além disso, considerando-se que o tempo representa uma variável imprescindível em negócios empresariais, esta imposição pode representar uma maior complexidade não desejada, elevar os custos de transação, permitir comportamentos oportunistas e

⁴⁴⁸ BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**, 2014. 253f. Tese (doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 196-204: A noção de *hardship*, compreendida como a alteração fundamental do equilíbrio do contrato por força de circunstâncias supervenientes, imprevisíveis, que fogem ao controle das partes e não se inserem na alocação de riscos efetuada pelos contratantes, encontra-se presente em diversos sistemas jurídicos. No Brasil, o *hardship* corresponde à onerosidade excessiva, disciplina nos arts. 478 e ss. do Código Civil. [...]. O princípio da boa-fé objetiva, portanto, inspirado no princípio de solidariedade social, impõe aos contratantes o dever de renegociação diante da excessiva onerosidade, ainda que o contrato não contenha cláusula de *hardship*, por traduzir resposta obrigatória e equitativa que prestigia os princípios do equilíbrio contratual e da conservação dos negócios jurídicos. Caso o contrato contenha cláusula de *hardship*, as partes terão evidentemente maior segurança em requerer o adimplemento do dever de renegociação, intensificado pelo dever contratual, que, de todo modo, fundamenta-se nos princípios legais da boa-fé objetiva e de solidariedade social.

⁴⁴⁹ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 229.

⁴⁵⁰ Corte internacional de Arbitragem, caso n. 9994, j. em 12.2001 (Disponível em: <<http://www.unilex.infor/case.cfm?id=1062>>. Acesso em 5/1/2018. No original: *Claimant, a French company, entered into a license and sales agreement with Defendant, a US company, whereby the later was granted the right to make, use and sell products derived from raw material supplied by the former. When after a certain period of time Claimant considerably increased the price of the raw material due to the more stringent conditions imposed upon which the raw material was extracted, Defendant terminated the contract. According to Claimant the termination was unlawful because Defendant should have agreed to renegotiate the price so as to adapt it to the new circumstances. The contract was governed by French law. In deciding in favor of Claimant, the Arbitral Tribunal, after stating that 'French law requires from each party to perform the agrément in good Faith (cf. Article 1134(2) – rectius: 1134(3) – of the French civil code) [and] good Faith imposes upon the parties the duty seek out and adaptation of their agrément to the new circumstances which may have occurred after its execution in order to ensure that its performance does not cause, especially when the contract at stake is a long term agrément, the ruin of the one of the parties', pointed out that 'this principle is also prevailing in international commercial law (see UNIDROIT Principles Articles 6.2.2. and 6.2.3.). MEKKI, Mustapha. **Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract. 2010**. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1542511>>. Acesso em: 5 jan. 2018.*

⁴⁵¹ YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 224-225.

reduzir o fluxo comercial⁴⁵², diminuindo, assim, o tráfego comercial existente e, em última hipótese, causando a extinção em virtude do agravamento da alteração superveniente e excessivamente onerosa, não restando outra solução a não ser a resolução do contrato.

A possibilidade de oportunismo que pode resultar da “ordem” de renegociação é alvo de grande preocupação, pois, após a realização de investimentos relevantes ou específicos na fase da execução do contrato, a ameaça de renegociação pela contraparte pode constituir um pretexto para adoção de uma conduta *hold up* ou *hold out*. Deste modo, a parte que investiu, para obter o retorno pretendido, fica refém da contraparte e à mercê de uma redução injustificada, sem um real evento imprevisível ou um reflexo excessivamente oneroso no contrato.

Outra dificuldade encontrada na obrigação de renegociar estaria na mensuração sobre a efetiva conduta das partes, que devem envidar esforços sérios e apresentar propostas concretas para superar a alteração superveniente das bases do contrato. O comportamento oportunista também poderia ocorrer com empresários dotados de capacidade para criar a aparência de terem realizado o mencionado comportamento ativo.

Assim, para haver qualquer direito indenizável, será necessário detectar um comportamento ostensivamente desrespeitoso. A indenização deverá considerar os pontos de “desinteresse” e os reflexos no desfecho das negociações. O cálculo dos prejuízos, então, revelar-se-ia como outro grande desafio em razão da sua abrangência⁴⁵³.

Pela clara disposição dos artigos revisionistas, a renegociação se encaixa como um dever acessório de conduta, emergente do princípio da boa-fé objetiva e de acordo com as exigências e certezas do tráfego comercial, porém não permite a inovação do programa contratual com uma obrigação contratual. O artigo 479 do Código Civil é prudente ao dispor que o réu, ante a notícia de onerosidade excessiva, terá a faculdade de ponderar sobre a renegociação e, sendo de seu interesse, ofertará a alteração das condições contratuais ou prosseguir-se-á com a resolução do negócio. Neste interregno, estará disponível para as partes a possibilidade de composição.

⁴⁵² COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 476.

⁴⁵³ **Idem**, p. 480-481.

5.1.3 O papel do julgador e os limites da modificação

Além da possibilidade de renegociação, pela regra do artigo 479 do Código Civil, tem-se que a revisão do contrato é preferível à sua resolução. A este respeito, a 3ª Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal estabeleceu que “[A] revisão judicial do contrato visa restaurar o equilíbrio que foi afetado por fato superveniente à formação do contrato”.

Esta solução também é adequada para os contratos interempresariais: “a preferência deve estar na revisão do contrato com sua manutenção tanto mais quanto o contrato estiver relacionado ao exercício da atividade profissional das partes, prestigiando-se a continuidade da empresa”⁴⁵⁴. Não existe impedimento para que a parte onerada excessivamente por evento imprevisível e superveniente proponha demanda revisional⁴⁵⁵, porque a resolução do contrato é muito mais traumática e por esta saída o contrato deixa de cumprir a função econômica social que deve desempenhar⁴⁵⁶.

A revisão do pacto se presta a recompor a economia original do contrato, justificada por sua função social e pelo princípio da preservação dos contratos, prevendo que estes devem ser mantidos, pois são instrumentos que permitem a “circulação de riquezas, com isso, criam condições favoráveis para o desenvolvimento econômico e social do País, além de favorecer a promoção do ser humano”⁴⁵⁷.

Na análise sobre a revisão do pacto com vistas a proteger o equilíbrio econômico originário do contrato, o julgador deve estar limitado a realizar uma avaliação técnica sobre a proposta de modificação dos termos contratuais⁴⁵⁸. Acerca do equilíbrio nos contratos interempresariais, é válido resgatar a lição de Fernando Araújo⁴⁵⁹:

⁴⁵⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

⁴⁵⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 189.

⁴⁵⁶ KHOURI, Paulo R. Roque. **A Revisão judicial dos contratos no novo código civil, Código do consumidor e lei n 8.666/93: A onerosidade Excessiva Superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 123.

⁴⁵⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 193.

⁴⁵⁸ PINO, Augusto. **La excesiva onerosidad de la prestación**. Frederico de Mallol/trad. e not. Esp. Barcelona: Bosh, 1959, p. 110.

⁴⁵⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 37-38.

Se, porém, adoptarmos uma acepção amplíssima de contrato, aliás a acepção favorecida pela doutrina consensualista (uma ênfase na liberdade e relatividade contratuais especialmente traduzidas na despreocupação com a forma do contrato), então podemos aceitar que os contratos, como simples negócios bilaterais, são as <moléculas> componentes do próprio mercado, a sua <micro-estrutura>. A ser assim, a ênfase da análise econômica no contrato representa também um esforço para fornecer uma alternativa <detalhada> e <descentralizada> ao idealizado modelo <walrasiano/marshalliano> do mercado, o qual, no seu retrato agregador e <impressionista> (a traço largo), subentendia – se o não pressupunha expressamente – a existência de uma harmonia global e de uma coordenação colectiva que realisticamente as próprias instituições não são capazes de fornecer, centrando-se, por força dessa perspectiva globalizadora e centrípeta, na indagação de condições ideais de <equilíbrio> que, mais do que meramente hipotéticas e abstractas, são totalmente irrelevantes para as decisões que cada sujeito que participa no mercado é chamado a tomar. Temos pois que, no seio da Microeconomia, a Teoria do Contrato corresponde essencialmente à constatação da falência do modelo do equilíbrio geral (primeiro modelo Walrasiano, depois o modelo Arrow-Debreu) como chave explicativa universal – essencialmente por causa do seu irrealismo e da sua insensibilidade às determinações estratégias da conduta dos agente econômicos, mas também por causa dos extremos de abstracção, traduzidos na recusa de admissão de <perturbações> –, substituindo-o por um modelo de equilíbrio parcial, confiando a algumas interacções num determinado mercado e levando em conta os problemas da assimetria informativa e da limitação racional, presumindo nomeadamente que as partes chegam a um equilíbrio bayesiano, ou seja que arrancam para as soluções contratuais munidas de informação limitada e de uma <crença> quanto ao que desconhecem, <crença> que vão revendo à medida que o seu conhecimento vai se ampliando.

A reposição do equilíbrio inicial não significa recolocar o contraente lesado na posição contratual em que se encontraria se não tivesse havido alteração, mas sim assegurar a repartição das consequências decorrentes da onerosidade excessiva no cumprimento⁴⁶⁰. O objetivo não é apenas a eliminação integral dos prejuízos sofridos pelo lesado, mas também realizar a distribuição equitativa entre as partes, dos prejuízos resultantes da materialização do risco não coberto pelo contrato até o limite suficiente para eliminar a situação da inexigibilidade de cumprimento em consequência da alteração superveniente⁴⁶¹. Por sua vez, a barreira da modificação

⁴⁶⁰ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente de circunstâncias:** em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 496.

⁴⁶¹ “A modificação deve operar segundo juízos de equidade. Trata-se de mais um fator indeterminado: ele suscita dificuldades evidentes, mas não deve ser assimilado a um puro arbítrio. Na verdade, segundo o teor geral que, de várias disposições do Código Civil, se retira quanto à equidade, deve entender-se que ela postula decisões desinseridas de aspectos mais marcadamente formais do *jus strictum*, mas ainda justas. Ora a justiça é dada, em cada momento histórico, pelo conjunto dos valores fundamentais do ordenamento considerado. Na *reductio ad aequitatem* haverás pois, que ponderar, em termos objetivos, os diversos fatores em jogo no caso concreto e, designadamente, a vontade das partes e a eficácia concreta da alteração: eles integram por certo, os competentes modelos de decisão. A vontade das partes é sempre determinante: consoante o objetivo do contrato, as margens de lucro e de risco que os contratantes nele tenham inserido e os demais clausulado relevante, assim a modificação. Deve, em especial, ser sublinhado que a *reductio ad aequitatem* visa, pela teleologia do artigo 437º/1, apenas, evitar que a exigência da obrigação assumida contunda gravemente com os

será a não-colocação da contraparte em situação de inexigibilidade de cumprimento em razão da modificação⁴⁶². Fica, desta forma, vedada qualquer modificação do contrato que permita a realização de lucros como se não tivesse ocorrido um evento imprevisível e oneroso.

No que se refere à análise dos contratos empresariais onerados excessivamente, deve haver uma interpretação econômica em busca da máxima eficiência, afastando qualquer tipo de paternalismo. Para o direito empresarial, deve-se ter em mente a lógica interpretativa baseada na racionalidade da maximização dos benefícios individuais, e isto quer dizer que será vedado, em condições normais de racionalidade, dividir os prejuízos de maneira simplória, pois não haverá eficiência nesta decisão⁴⁶³⁴⁶⁴.

Destarte, na hipótese de as partes (ativa ou passivamente) buscarem o Judiciário com proposta revisional, o juiz terá o poder revisional para rejeitá-la ou modificá-la, podendo integrar novas condições quando a oferta não for suficiente para acabar com a onerosidade excessiva do contrato⁴⁶⁵. Desta forma, autoriza-se a iniciativa do juiz para modificação equitativa do contrato⁴⁶⁶.

O limite da revisão judicial, no entanto, será a não-obtenção de lucro pela contraparte em face da alteração contratual ou a não-colocação da contraparte em

princípios da boa-fé. Está, pois, fora de questão uma modificação que permite, à parte lesada, realizar os lucros que previra e que, eventualmente, teriam sido computados, se não tivesse havido alteração das circunstâncias. A parte lesada que beneficia do artigo 437º/1, em termos de modificação, vai, sempre, sofrer algum prejuízo ou, pelo menos, um não lucro; a vontade das partes, ínsita no tipo de contrato celebrado e acessível pela interpretação dirá se um, se outro e, na hipótese de prejuízo, qual o seu montante. A eficácia concreta da alteração tem, também, o maior relevo. A referência à equidade chama a atenção para a denominada justiça do caso concreto. O julgador, para proceder à *reductio ad aequitatem*, tem de ponderar a exata medida do dano, *in concreto*, provocado pela alteração, na esfera da parte lesada. Não basta, por hipótese, conhecer as tabelas estatísticas referentes a certa fenomenologia econômica: antes releva o influxo real de tal fenomenologia no património atingido, incluindo as despesas que este tenha usado, com eficácia, para minorar o mal e as possíveis mais-valias que o mesmo acontecimento tenha, eventualmente gerado. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 697-698.

⁴⁶² *Idem*.

⁴⁶³ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 197.

⁴⁶⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 203-204.

⁴⁶⁵ DIAS, Luciana Ancona Lopes de Magalhães. **Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro**. In FERNANDES, Wanderley (Coord). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: FGV, 2012, p. 378-379.

⁴⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao Novo Código Civil**, volume VI, tomo II: da Extinção do Contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 936.

situação de inexigibilidade de cumprimento em consequência da modificação⁴⁶⁷. Para tanto, as partes devem ser ouvidas previamente. Se a proposta revisional for aceita, o julgador simplesmente homologa o acordo; se recusada, deve-se proceder previamente à análise da existência de situação de onerosidade excessiva e, a partir daí, examinar a oferta formulada pela contraparte e integrá-la ao negócio, se for o caso⁴⁶⁸.

A este respeito, o enunciado 367 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, pontuou: “em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório”⁴⁶⁹.

Com a “possibilidade de revisão, o juiz pode, no limite, declarar ineficaz a disposição contratual cuja supressão seja necessária à manutenção contratual, ou, ainda, com base na equação econômica inicial, supervenientemente rompida, pode o juiz adequar o valor da prestação”⁴⁷⁰, com base nas premissas do artigo 317 do Código Civil, que trata da revisão judicial do valor da prestação com o intuito de restabelecer o equilíbrio econômico financeiro querido pelas partes no momento da contratação. Pode o juiz, ainda, se a perturbação for temporária, ponderar uma moratória para o cumprimento da obrigação, interrompendo-a até que o fato superveniente e excessivamente oneroso desapareça. Independentemente da solução, não é possível esquecer os efeitos da modificação do contrato sobre outras relações comerciais situadas *a posteriori* na cadeia comercial: há que ponderar sobre os impactos no tráfego⁴⁷¹.

Vale salientar que as partes não poderão fazer ofertas de revisão contratual ambígua ou vaga esperando que o juiz faça as modificações contratuais. A atuação

⁴⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao Novo Código Civil**, volume VI, tomo II: da Extinção do Contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 496.

⁴⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 195-196.

⁴⁶⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 367 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁴⁷⁰ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 197.

⁴⁷¹ COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017, p. 505.

jurisdicional é pontual e restrita, conforme explica Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso:

[...]. o juiz não pode, sem pedido da parte demandada, alterar as condições do contrato (julgamento extra petita). Não pode também, rejeitar a modificação apresentada pela parte demandada e impor condições outras mais severas (julgamento ultra petita), salvo se a quantificação da onerosidade e do consequente reequilíbrio ficar na dependência da instrução probatória. Vale dizer, ainda, que tais posicionamentos estão fundamentados, por fim, no princípio da inércia e da adstrição que regem o processo civil brasileiro⁴⁷².

Sendo assim, o juiz atuará em virtude de um pedido judicial devidamente fundamentado para restabelecer o equilíbrio contratual, não lhe sendo permitido modificar o contrato sem o pedido das partes ou fora dos limites da lide. Com isto, existe uma integração do juiz ao negócio jurídico e a substituição da vontade das partes, sendo que a sentença será integrativa⁴⁷³ ou determinativa⁴⁷⁴.

Outrossim, diferentemente do sistema jurídico italiano, em que “o juiz poderá rejeitar a proposta de readequação do contrato (deduzida pela parte demandada) e, ainda, indicar as alterações necessárias para o restabelecimento da equidade e equilíbrio entre as prestações”, no Brasil a revisão do contrato estaria afeta ao seu cumprimento financeiro, pois o juiz não tem o poder de alterar as cláusulas do contrato ou impor novos clausulados para que sejam cumpridos pelas partes. Neste caso, o juiz se tornaria parte do contrato, relegando a autonomia das partes ao cumprimento de decisões judiciais, o que colocaria em risco o tráfego mercantil e a previsibilidade do sistema⁴⁷⁵.

Antônio Menezes Cordeiro avança afirmando que, por mais complexa que seja, uma decisão sempre deverá ser proferida para que haja uma legitimação legal pelo processo. Para isto, retoma a ideia de Kegel, para quem, na dúvida, os danos proporcionados pela superveniência deveriam ser repartidos pelos dois

⁴⁷² CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro. Dissertação (Mestrado)** – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2010, p. 133.

⁴⁷³ NERY, Nelson Júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 682.

⁴⁷⁴ “As sentenças determinativas teriam dúplice função, a de completar um direito que já estava constituído pelo ato de autonomia privada e a de função modificativa, pelo qual esta relação, de algum modo, é transformada”. PENTEADO, Luciano Camargo. **Integração de Contratos Incompletos**. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, p. 569.

⁴⁷⁵ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. **Teoria da imprevisão e o novo código civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 830/11, dez. 2004, p. 424

intervenientes, meio a meio. No entanto, o autor faz a ressalva de que não se trata de uma solução perfeita: seria a possível até que os juscientistas, apoiados na experiência e na repetição de julgados, consigam uma melhor solução para a problemática⁴⁷⁶.

Assim, em prol do princípio da conservação dos negócios, a atuação do juiz na *reductio ad aequitatem* a priori deve limitar-se a analisar se as modificações propostas pelo demandado, com as suas deficiências, são aptas a normalizar a relação contratual, sem poder intervir na oferta feita⁴⁷⁷, ou seja, seu papel “deve limitar-se à atuação equitativa da revisão do preço e à eventual supressão das cláusulas que, se eficazes, implicariam conflito com a estipulação do novo preço adequado ao contrato”⁴⁷⁸.

Atuando desta forma, o juiz pode restabelecer a álea normal do contrato que foi superada pelo evento racionalmente imprevisível, sempre tendo em vista o equilíbrio econômico originário do contrato e com a cautela necessária para não permitir injustiças advindas de comportamentos oportunistas, que repercutem contra o ambiente de confiança ao decidir pelo reequilíbrio contratual⁴⁷⁹.

5.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO SOBRE A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA EM CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS ENTRE 2010 E 2017

Em pesquisa jurisprudencial sobre a teoria da onerosidade excessiva⁴⁸⁰ abrangendo o período de 1/1/2010 até 1/10/2017, ponderou-se que, ocasionalmente, os casos decorrentes da última crise econômica brasileira ainda não teriam chegado ao Superior Tribunal de Justiça. Todavia, com o período pesquisado, almeja-se

⁴⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção**. 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017, p. 699-702.

⁴⁷⁷ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 378 do novo código civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 148-153.

⁴⁷⁸ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 197.

⁴⁷⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 628-629.

⁴⁸⁰ A pesquisa foi realizada com base na ferramenta de pesquisa da jurisprudência do site do Superior Tribunal de Justiça (disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>), selecionando, no campo “legislação”, “Código Civil de 2002 (CC – 2002)”, arts. 478, 479 e 480. Foram selecionados ainda os campos “Acórdãos”, “Súmulas” e “Decisões Monocráticas”. Os resultados da pesquisa encontram-se no Anexo 1.

encontrar a posição mais “atualizada” sobre a onerosidade excessiva no âmbito do Código Civil. Nele foram localizados 15 julgados mencionando o artigo 478 do Código Civil.

Os termos “empresarial” e “interempresarial” atrelados à onerosidade excessiva foram consultados inicialmente no campo “pesquisa livre”, mas nenhum resultado foi encontrado⁴⁸¹. Sendo assim, busca-se identifica-los nos casos envolvendo contratos entre empresas e empresários (empresa vs empresa; empresa x empresário e empresário x empresário) onde houve aplicação exclusiva do Código Civil, para que se possa ter uma base de aplicação aos contratos interempresariais de forma que melhor reflita a sua dinâmica.

Constatou-se que em contratos interempresariais se aplica o Código Civil, sendo regra a observância do *pacta sunt servanda*. Deste modo, o princípio da autonomia da vontade garante ampla liberdade para as partes celebrarem seus negócios, desde que preservados os bons costumes e a ordem pública⁴⁸².

Nos contratos interempresariais, revela-se fundamental o profissionalismo que envolve as partes na orientação dos negócios, ainda que sejam de portes diferentes, supondo-se que as cláusulas contratuais tenham sido analisadas por profissionais habilitados. Assim, se houver uma má-avaliação dos desdobramentos da execução do contrato, o risco assumido não poderá ser socorrido pelo Poder Judiciário, e caberá ao contratante suportar seu próprio prejuízo ou rescindir o contrato⁴⁸³.

Aceita-se que não existe simetria natural entre as partes contratantes; não obstante, para aplicação da teoria da onerosidade excessiva, é necessária a presença dos requisitos do artigo 478 do Código Civil, sobretudo: (i) contrato de execução continuada ou diferida; (ii) configuração da onerosidade excessiva da prestação e não apenas uma redução do lucro esperado; (iii) ocorrência de um evento extraordinário e

⁴⁸¹ Consulta realizada em 28/10/2017.

⁴⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1321614/SP**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 16/12/2014, dje 03/03/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1321614&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 269.274/GO**, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 06/06/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=269274&b=ACOR&p=true&t=JURIDIC O&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

imprevisível, fora da álea normal do contrato, sendo que os contratantes por serem profissionais devem estar atentos à realidade de mercado⁴⁸⁴.

Os fatos capazes de serem levantados pela teoria da onerosidade excessiva só podem ocorrer na fase de execução do contrato. Se o vício do negócio tiver se estabelecido em momento anterior, outra solução legal deve ser encontrada⁴⁸⁵. Isto é, a intervenção do Poder Judiciário nos contratos deve ocorrer apenas mediante “a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível e extraordinário, que comprometam o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional”, conforme o Código Civil em seus artigos 317, 478 e 479⁴⁸⁶.

O evento imprevisível e extraordinário é aquele mencionado no enunciado 366 da IV Jornada de Direito Civil⁴⁸⁷, isto é, não coberto pelos riscos da contratação. Assim, o pressuposto para aplicação das teorias de imprevisão e onerosidade excessiva seria “a existência de um fato imprevisível em contrato de execução diferida, que imponha consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes”⁴⁸⁸⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ No julgamento, se analisou a resolução de contrato de venda futura de soja, sob a alegação de a variação cambial (nos anos 2000) ter alterado significativamente a cotação do produto vendido, tornando o contrato excessivamente oneroso. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 936.741/GO**, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=936741&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁸⁵ No caso, foi aplicado o artigo 248 do Código Civil. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1288033/MA**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1288033&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.321.614 / SP** (julgamento em 16/12/2014), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, membro da Terceira Turma do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22SIDNEI+BENETI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20121016+e+%40DTDE+%3C%3D+20121016&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁸⁷ Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil: “Art. 478: o fato extraordinário e imprevisível causado de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 366 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁴⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.321.614 / SP** (julgamento em 16/12/2014), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, membro da Terceira Turma do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22SIDNEI+BENETI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20121016+e+%40DTDE+%3C%3D+20121016&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁸⁹ No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 866.414/GO**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 02/08/2013. Disponível em:

O fato extraordinário deve ser sempre analisado com cautela para se verificar se foi “suficientemente grave a ponto de autorizar a alteração da demanda pela parte prejudicada, a fim de restabelecer seu equilíbrio, ou se cuida de mera oscilação que não excede o risco inerente à natureza da avença [...]”. Desta forma, a base do negócio só estaria perdida se, após grave alteração da circunstância, as partes chegassem à conclusão de que o contrato não poderia ser celebrado ou, se fosse, o seria com outro conteúdo. Portanto, torna-se relevante observar o aspecto temporal do contrato e, sendo assim, se havia possibilidade de previsibilidade do evento que está atingindo a base do negócio e onerando excessivamente a obrigação. Se o contato tiver sido firmado quando a crise já estava instalada, este elemento de risco já teria sido incorporado ao contrato⁴⁹⁰.

O manejo de ação revisional sem justificativa plausível caracteriza *venire contra factum proprium*, não devendo ser aceito pelo Poder Judiciário⁴⁹¹:

ainda que assim não fosse, é certo que o manejo de demanda judicial, buscando alterar elemento essencial do contrato, sem qualquer justificativa plausível (à luz da teoria da imprevisão), a não ser a vontade de reduzir os custos decorrentes do desenvolvimento de atividade comercial altamente rentável, constitui vedado comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) por parte da locatária, revelando flagrante inobservância da cláusula geral da boa-fé objetiva.

O aluguel pactuado, ainda que considerado superior ao valor de mercado, constituiu elemento essencial devidamente sopesado pelas partes quando da celebração do negócio; assim, não se admite que, após o decurso do tempo, sem qualquer modificação das bases negociais da época, a locatária deduza pretensão destinada, unicamente, a obter alteração do critério de determinação do aluguel livremente ajustado pelas partes.

Inferese, nesse contexto, que tal pretensão não visa a restabelecer qualquer desequilíbrio superveniente, mas apenas incrementar os lucros experimentados pela locatária em decorrência da utilização de terreno de incontroverso potencial econômico, almejando, indiretamente, por via da ação revisional, alterar os pressupostos que, ao tempo da pactuação, renderam ensejo à contratação.

Desse modo, no caso concreto, vislumbram-se todos os elementos configuradores do *venire contra factum proprium*: **(i)** a celebração do contrato de locação com a concordância da locatária acerca do valor do aluguel estipulado em R\$ 12.000,00 (doze mil reais); **(ii)** a legítima confiança da locadora na conservação do sentido objetivo do pactuado; **(iii)** o comportamento contraditório da locatária (ajuizando a revisional com vistas à redução do aluguel para R\$ 3.000,00 – três mil reais); e **(iv)** um dano a ser

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=866414&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.321.614 / SP** (julgamento em 16/12/2014), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, membro da Terceira Turma do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22SIDNEI+BENETI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20121016+e+%40DTDE+%3C%3D+20121016&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁹¹ REsp 1.300.831 / PR (julgamento em 27/3/2014) de Relatoria do Ministro Marco Buzzi da Quarta Turma do STJ.

causado à locadora, ao ficar submetida ao cumprimento de obrigação desconexa com as bases econômicas inaugurais, sem qualquer amparo em legítimo interesse jurídico.

Conseqüentemente, de rigor a reforma do acórdão estadual, ante a carência da ação, tendo em vista a ausência de interesse de agir da locatária, na modalidade inadequação da via eleita, o que, contudo, não conduzirá à extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, inciso VI, do CPC), mas, sim, à improcedência da pretensão deduzida na inicial.

Por fim, o pedido de recomposição deve estar dirigido para uma análise específica do caso concreto, com a demonstração de que “i) houve fato imprevisível entre a consecução do negócio e a data do adimplemento que levou a uma insustentável discrepância entre os custos de produção assumidos e os efetivados;” e que “ii) esse descompasso deveria ser nivelado pela complementação de preço que levaria ao restabelecimento da equação original, ou seja, à restituição do equilíbrio assumido pelas partes na livre manifestação de suas autonomias da vontade”⁴⁹².

⁴⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 866.414/GO**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 02/08/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=866414&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A empresa é uma peça-chave para o desenvolvimento econômico e social. Sua função social está tanto no objetivo de buscar o lucro para remunerar o capital investido pelos sócios quanto no desenvolvimento da economia. Para isto, os contratos serão o instrumento pelo qual se dará o fluxo econômico.

Os contratos interempresariais estão inseridos em um contexto econômico, social e jurídico e, por isso, não estão imunes aos efeitos da economia para a sociedade. Assim, sobrevivendo a onerosidade excessiva em razão da crise econômica, por exemplo, as externalidades são sentidas pelos credores e por toda a coletividade.

Em que pese a segurança e estabilidade jurídica do contrato celebrado, existem acontecimentos que podem extrapolar a álea normal de risco prevista naquela negociação. Para a constatação da ocorrência de eventos capazes de exceder o espectro de previsibilidade do contrato, é necessário aferir os aspectos econômicos envolvidos, os eventos que não poderiam ser previstos pelas partes, consideradas as suas qualidades intrínsecas e o posterior momento de desarranjo da avença.

As crises econômicas dos mercados estão ligadas a crises financeiras, emanadas de causas variadas, como subprodução, superprodução, subconsumo, etc., que trazem como resultado recessão ou depressão em algum momento do ciclo econômico. Sendo assim, em virtude de sua natureza, dimensão, causas e efeitos globais, a crise econômica possui a capacidade de alterar a álea normal dos contratos, alterando as suas circunstâncias iniciais e permitindo a revisão contratual para o restabelecimento do pacto. O problema reside, portanto, na noção de evento extraordinário, uma vez que as crises econômicas são imprevisíveis.

Embora paradoxalmente a crise econômica por si só não seja capaz de alterar as bases do contrato, quando relacionada a outros elementos, ela pode abalar o *pacta sunt servanda* que garante a segurança jurídica das transações. Neste caso, se ficar comprovada a relação entre a crise econômica, a atividade desenvolvida pela parte e a onerosidade das obrigações assumidas no contrato, a revisão contratual será admissível.

A situação excepcional do evento imprevisível decorre da própria condição humana, em que os agentes econômicos não são capazes de prever todos os riscos passíveis de atingir o contrato, nem mesmo as eventuais crises econômicas. Desta

forma, os contratos terão graus de incompletude que variarão conforme sua complexidade e duração.

As lacunas contratuais não se confundem com a escolha livre (voluntária) das partes em não disciplinar *ex ante* todas as contingências econômicas. A complexidade das operações prolongadas no tempo, aliada aos custos de transação envolvidos na busca de informações, convida as partes a não disporem previamente sobre todas as agruras, sob pena de agregar-se um custo excessivo ao contrato, inviabilizando-o. Deste modo, se as partes estiverem diante de um contrato incompleto, estarão expostas a ter de suportar os riscos e os efeitos de uma situação não prevista, como as oscilações do mercado, que podem alterar a relação entre o custo e o benefício originariamente acordados. Ainda que algumas situações possam ser contornadas e enfrentadas pelos contratantes por meio de mecanismos de adequação, a incompletude torna-se relevante quando nenhuma jogada puder socorrer o imprevisível de maneira ótima.

Assim, diante da incompletude contratual decorrente da racionalidade limitada, os contratos interempresariais poderão ser enquadrados na teoria revisionista da onerosidade excessiva. Há que lembrar, contudo, que a cooperação é a saída mais adequada para as partes: uma solução vinda do próprio mercado sempre terá maiores condições de refletir a nova realidade contratual que os mecanismos judiciais, em virtude de suas maiores limitações em termos de procedimento e informação sobre as condições das partes e dos negócios.

Na demanda para revisão do contrato, deverá prevalecer a interpretação econômica e o juiz deverá guiar-se pela aplicação da decisão mais eficiente, maximizando os benefícios individuais. Sem qualquer cunho paternalista, o juiz deverá integrar o negócio jurídico, sem substituir a vontade das partes, e analisar a possibilidade de restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro. O reequilíbrio não significa neutralização de uma eventual jogada equivocada da parte, pois isto poderia distorcer o mercado e enfraquecer a tutela de confiança que dele se espera, desestimulando seu fluxo contínuo. Frise-se, que a modificação deve dar-se apenas no plano financeiro das prestações, sem a criação de novos clausulados, sob pena de gerar uma insegurança jurídica prejudicial ao mercado.

O arrimo na teoria revisionista da onerosidade excessiva apenas para casos excepcionais e imprevisíveis poderá permitir um maior fluxo das relações comerciais em razão da possibilidade de reduzirem-se os riscos oriundos da racionalidade

limitada e, portanto, os custos de transação. Além disto, a intervenção judicial ocorrerá para proteção das partes, internalizando os impactos negativos da crise e atenuando seus efeitos, de maneira a permitir o cumprimento do contrato e a geração dos benefícios sociais e individuais, ainda que mitigados.

Por fim, da análise jurisprudencial realizada perante o Superior Tribunal de Justiça sobre a onerosidade excessiva em contratos de partes empresárias, verificou-se a possibilidade de aplicação da teoria da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais e também aos contratos de pessoa física com atuação profissional. Todavia, tal aplicação e, por consequência, a intervenção do Estado em relações privadas, restringe-se a casos específicos, pois, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o princípio da autonomia da vontade confere ampla liberdade para as partes estipularem o que lhes convier, desde que preservados a moral, a ordem pública e os bons costumes. Além disso, nos contratos firmados entre empresas, ainda que de portes diferentes, deve-se presumir que as cláusulas contratuais tenham sido analisadas por profissionais capacitados, que devem conhecer o mercado em que o pacto é celebrado.

Deste modo, a jurisprudência brasileira já se mostra atenta à realidade dos negócios empresariais, sendo que os julgamentos buscam refletir a lógica do mercado e do caso concreto, atentando para o conhecimento e assunção do risco pelo agente econômico sobre o negócio realizado e, sobretudo, coibindo comportamentos oportunistas dos contratantes que buscam o Judiciário sem demonstrar a imprevisão, a gravidade do evento imprevisível e seu respectivo impacto na obrigação contratual.

À luz da teoria da onerosidade excessiva, a intervenção do Estado somente estará autorizada se ficarem comprovadas as mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível e extraordinário e que comprometam o valor da prestação. Este acontecimento imprevisível não pode estar coberto pelos riscos da contratação – deve estar além do risco inerente –, e o fato imprevisível deve ser suficientemente grave a ponto de impor consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes, ou seja, não estará autorizada a aplicação da teoria pela simples redução da expectativa de lucro sobre o contrato.

O reexame contratual dar-se-á para identificar se houve fato imprevisível entre a consecução do negócio e a data do adimplemento que levou a uma discrepância insustentável entre os custos assumidos e os efetivados. Se for constatada a presença

dos requisitos autorizadores do instituto da onerosidade excessiva, o descompasso será passível de ajuste mediante complementação do preço que leve ao reequilíbrio da equação original.

Sobre a imprevisibilidade da crise econômica, diferentemente da jurisprudência portuguesa, no Brasil percebe-se um vacilante início da discussão. Nos casos analisados, encontraram-se posicionamentos conflitantes e espaço para tratamento da crise como evento imprevisível. Por ora, o que se mostra relevante registrar é o entendimento de que as partes não podem ter tido condições de antever o evento imprevisível e extraordinário como, por exemplo, a crise econômica. Deste modo, não será permitido revisão em contratos em que uma parte detinha conhecimento das condições do mercado nacional e do cenário da economia mundial.

Assim, os julgados do Superior Tribunal de Justiça reforçam a necessidade da parte atingida pelo evento extraordinário e imprevisível (crise econômica) de comprovar efetivamente o liame entre o evento imprevisível e a onerosidade excessiva da prestação.

ANEXO I – PESQUISA JURISPRUDENCIAL – TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA⁴⁹³

Assunto Pesquisado	Processo	Relator	Órgão Julgador	Julgamento	Resultado
478	AgInt no REsp 1501191 / RJ	RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA	Terceira Turma	18/08/2016	Contrato de Distribuição de Combustível. Não foi possível verificar se a nova realidade do mercado de combustíveis no local implicou onerosidade excessiva ao estabelecimento. Aplicação da Súmula 7/STJ.
	AgRg no AREsp 722620 / RS	LUIS FELIPE SALOMÃO	Quarta Turma	20/08/2015	Contrato de fornecimento de oxigênio. Reajuste de mais de 73% de um ano para o outro. Julgamento pela rescisão do contrato por onerosidade excessiva. Aplicação da Súmula 7/STJ.
	AgRg no AREsp 716325 / RJ	MARIA ISABEL GALLOTTI	Quarta Turma	20/08/2015	Contrato Coletivo de Plano de Saúde. Reajuste desproporcional. Súmula 7/STJ
	REsp 1321614 / SP	PAULO DE TARSO SANSEVERINO	Terceira Turma	16/12/2014	Aquisição de maquinário. Contrato em dólar. Maxidesvalorização do real. Revisão do contrato de financiamento.
	REsp 1300831 / PR	MARCO BUZZI	Quarta Turma	27/03/2014	Revisão contrato de locação. Valor fora do preço de mercado após 3 anos de locação.
	REsp 866414 / GO	NANCY ANDRIGHI	Terceira Turma	20/06/2013	Compra e Venda de soja futura com preço pré-fixado. Pedido de rescisão em razão de praga.
	AgRg nos Edcl nos Edcl no AREsp 269274 / GO	SIDNEI BENETI	Terceira Turma	14/05/2013	Contrato de seguro-saúde em grupo. Reajuste da mensalidade em razão do aumento da sinistralidade.
	REsp 866414 / GO	MASSAMI UYEDA	Terceira Turma	20/11/2012	Análise já realizada.
	REsp 1288033 / MA	SIDNEI BENETI	Terceira Turma	16/10/2012	Compra e venda de bem declarado em território indígena. Contrato rescindido sem culpa das partes.
	REsp 945166 / GO	LUIS FELIPE SALOMÃO	Quarta Turma	28/02/2012	Compra e venda de soja futura com preço pré-fixado. Pedido

⁴⁹³ Período pesquisado de 1/1/2010 até 1/10/2017; 15 (quinze) resultados encontrados para a pesquisa com o assunto “478”; 6 (seis) resultados com o assunto “479” e 0 (zero) resultado encontrado com o assunto “480”.

					de rescisão em razão de praga ⁴⁹⁴ .
	REsp 936741 / GO	ANTÔNIO CARLSO FERREIRA	Quarta Turma	03/11/2011	Compra e venda futura de soja. Variação cambial. Pedido de rescisão contratual.
	REsp 1102848 / SP	NANCY ANDRIGHI	Terceira Turma	03/08/2010	Contrato de seguro-saúde em grupo. Reembolso de despesas médico-hospitalares. Reajuste da mensalidade em razão do aumento da sinistralidade. Pedido de revisão contratual ⁴⁹⁵ .
	REsp 1169109 / DF	ELIANA CALMON	Segunda Turma	22/06/2010	Reintegração de Posse. Direito Administrativo ⁴⁹⁶ .
	REsp 858785 / GO	HUMBERTO GOMES BARROS	Terceira Turma	08/06/2010	Compra e venda de soja futura com preço pré-fixado. Pedido de rescisão em razão de praga.
	REsp 1125242 / MT	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA	Quarta Turma	13/04/2010	Compra e venda futura de soja. Variação cambial. Pedido de rescisão contratual ⁴⁹⁷ .
479	AgRg no AREsp 716325 / RJ	MARIA ISABEL GALLOTTI	Quarta Turma	20/08/2015	Análise já realizada.
	REsp 1321614 / SP	PAULO DE TARSO SANSEVERINO	Terceira Turma	16/12/2014	Análise já realizada.
	REsp 1300831 / PR	MARCO BUZZI	Quarta Turma	27/03/2014	Análise já realizada.
	AgRg nos Edcl nos Edcl no AREsp 269274 / GO	SIDNEI BENETI	Terceira Turma	14/05/2013	Análise já realizada.
	REsp 1325666 / MT	SIDNEI BENETI	Terceira Turma	20/11/2012	Contrato de Transporte. Confissão de dívida. Aplicação da Súmula 7 do STJ quanto à matéria do art. 479 do Código Civil.
	REsp 1102848 / SP	NANCY ANDRIGHI	Terceira Turma	03/08/2010	Análise já realizada.
480	-	-	-	-	-

Fonte: Elaborado pelo Autor com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁹⁴ Matéria de fundo analisada no Resp 866.414 / GO.

⁴⁹⁵ Matéria de fundo analisada no Resp 269274 / GO.

⁴⁹⁶ Análise desconsiderada em virtude da matéria.

⁴⁹⁷ Matéria de fundo analisada no Resp 936741 / GO.

ANEXO II – PESQUISA JURISPRUDENCIAL – ONEROSIDADE EXCESSIVA E CRISE ECONÔMICA⁴⁹⁸

Palavras Pesquisadas	Processo	Relator Ministro(a)	Órgão Julgador	Data de Julgamento	Resultado
478 + contrato + empresas	AG. Int. no REsp 1501191 / RJ	RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA	Terceira Turma	18/8/2016	Contrato de distribuição de combustível. Surgimento de 2 novos concorrentes na região. Nova realidade de mercado. Análise da onerosidade excessiva esbarra na Súmula 7.
	REsp 1102848 / SP	NANCY ANDRIGHI	Terceira Turma	3/8/2010	Aplicação do CDC. Maxidesvalorização do real
Onerosidade + excessiva + crise	REsp 1673366 / RS	RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA	Terceira Turma	8/8/2017	Reajuste de Plano de Saúde. Parâmetros para majoração são decorrentes de livre negociação das partes.
	AG. Int. no REsp 1316595 / SP	LUIS FELIPE SALOMÃO	Quarta Turma	7/3/2017	Contrato de Arrendamento Mercantil. O reconhecimento de onerosidade excessiva com o consequente desequilíbrio econômico financeiro demandaria alteração das premissas fáticas. Necessidade de imprevisível demonstração da quebra do equilíbrio econômico financeiro. Súmula 7.
	Ag. Int. no REsp 646945 / SP	PAULO DE TARSO SANSEVERINO	Terceira Turma	18/8/2016	Crise econômica não é suficiente para tornar a obrigação excessivamente onerosa. Súmula 7.
Onerosidade + excessiva + crise + financeira	REsp 1673366 / RS	RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA	Terceira Turma	8/8/2017	Análise já realizada.
	Ag. Int. no REsp	LUIS FELIPE SALOMÃO	Quarta Turma	7/3/2017	Análise já realizada.

⁴⁹⁸ Período pesquisado de 1/1/2010 até 1/10/2017. A pesquisa dos radicais pode apresentar o mesmo resultado em razão da utilização de palavras chaves coincidentes: 2 (dois) resultados encontrados para a pesquisa com o assunto “478 + contrato + empresas”; 3 (três) resultados encontrados para a pesquisa com o assunto “Onerosidade + excessiva + crise + econômica”; 3 (três) resultados encontrados para a pesquisa com o assunto “onerosidade + excessiva + crise”; 6 (seis) resultados encontrados para a pesquisa com o assunto “onerosidade + excessiva + crise + financeira”; 0 (zero) resultados encontrados para a pesquisa com o assunto “empresarial + onerosidade + excessiva”.

	1316595 / SP				
	Ag. Int. em Ag. No Resp. 646945 / SP	PAULO DE TARSO SANSEVERINO	Terceira Turma	18/8/2016	Análise já realizada.
	Ag. Int. no Ag. Em Resp. 1501191 / RJ	RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA	Terceira Turma	18/8/2016	Análise já realizada.
	REsp 1348081 / RS	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA	Terceira Turma	2/6/2016	Contrato de Arrendamento Mercantil. Maxidesvalorização do real. Súmula 7.
empresarial + onerosidade + excessiva					Nenhum registro encontrado.

Fonte: Elaborado pelo Autor com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: da extinção do contrato**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

AKERLOF, George. **The Market of “Lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism**. *The Quarterly Journal of Economics*, 84 (3), 1970.

ALPA, Guido Rischio. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1989, v. 40.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues [Visconde de Cairu]. **Da necessária superação paradigmática na interpretação dos contratos empresariais e da importância do resgate dos princípios no direito empresarial**. 2012. 60 f. Dissertação (Prêmio Mario e Inah Barros Para o Desenvolvimento do Direito Empresarial Brasileiro). Salvador, 2012.

ANDRADE, Fábio Siebeneicheler. **A teoria da onerosidade excessiva no direito civil brasileiro: limites e possibilidade de sua aplicação**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 134, Junho 2014.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARROW, Kenneth J. **General Economic Equilibrium: Purpose, Analytic Techniques, Collective Choice**. Nobel Memorial Lecture, December 12, 1972, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, p. 111. Disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economicsciences/laureates/1972/arrow-lecture.pdf. Acesso em 27/10/2017.

ASCENSÃO, Oliveira. A alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. Revista Universitas/Jus, Centro Universitário de Brasília, n. 11, 2004.

ASSIS, ARAKEN de. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v.5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Parecer) **Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função Social do Contrato.** Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 832, fev/2005. P. 1-800.

_____. **Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant.** In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Negócio jurídico e declaração negocial** – Noções gerais e formação da declaração negocial. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

_____. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Philadelpho. **Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou dirigismo na vida contratual.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 145, 1956.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto,** 2014. 253f. Tese (doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

_____. **O contrato incompleto e a análise econômica do direito.** Quaestio Iuris, vol. 8, n. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. p. 2696-2718.

BBC. **Entenda a operação de resgate da seguradora AIG. Brasília, 2008.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/09/080917_aig_qa_fp.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BELLANTUONO, Giuseppe. ***I contratti incompleti nel diritto e nell'economia.*** Padova: Cedam, 2000.

BELUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; ALMEIDA, Júlio Gomes de. Teoria econômica in PRADO, Luiz Carlos Delorme (org). **Desenvolvimento econômico e crise:** ensaios em comemoração de Maria da Conceição Tavares. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2012.

BENACCHIO, Marcelo. Interpretação dos contratos. In: Lotufo, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos.** São Paulo: Editora Atlas, 2011,

BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios.** Revista dos Tribunais. Ano 89. dez/2000. vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BOSELLI, Aldo. *La risoluzione del contratto por eccessiva onerosità*. Torino: UTET, 1952.

BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social**. direito, economia e desenvolvimento sustentável II. ISSN: 2526-0057, Brasília, v. 2, n. 1, p. 27-45, Jan/Jun. 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1595/PDF>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 273.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, RJ, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 27 da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/673>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 175 da III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 365 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 28 da I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/53>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **AgInt no AREsp 646945/SP**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=646945&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 299501/MG**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 11/09/2001, DJ 22/10/2001. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=299501&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1316595/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 20/03/2017. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1316595&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1112796/PR**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Honildo Amaral De Mello Castro (Desembargador Convocado Do Tj/Ap), QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/11/2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1112796&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 9044191-56.1995.8.26.0000**, Rel. Des. Franklin Nogueira, 8. Câmara Cível (extinto 1. TAC), julgado 22/04/1998, Publicado em 26/11/1998. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=934301&cdForo=0>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1321614/SP**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 16/12/2014, dje 03/03/2015. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1321614&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 269274/GO**, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 06/06/2013. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=269274&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 936741/GO**, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=936741&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1288033/MA**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1288033&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1321614/SP** (julgamento em 16/12/2014), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, membro da Terceira Turma do STJ.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22SIDNEI+BENETI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20121016+e+%40DTDE+%3C%3D+20121016&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 866414/GO**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 02/08/2013. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=866414&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1501191/RJ**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1501191+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 722.620/RS**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=722620&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 716325/RJ**, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 27/08/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=716325&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1321614/SP**, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1321614+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1300831/PR**, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 30/04/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1300831&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 945166/GO**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=945166&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 936741/GO**, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=936741&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1169109/DF**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20100622+e+%40DTDE+%3C%3D+20100622&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=19>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1102848/SP**, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Rel. p/ acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 25/10/2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1102848&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 858785/GO**, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 03/08/2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=858785&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Ag 1125242/MT**, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 26/04/2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1125242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1325666/MT**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 04/03/2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1325666&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1673366/RS**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 21/08/2017. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1673366&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1348081/RS**, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 21/06/2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1348081&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CASCAES, Amanda Celli. **Análise Econômica do Contrato Incompleto**. RJLB, Ano 3 (2017), nº 1, 163-196.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. **Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo**. Rev. direito GV vol.10 n.1 São Paulo jan./jun. 2014. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007> Acesso em: 29 set. 2017.

CAMPOBASSO, Gian Franco. **Diritto Dell'Impresa**. Turim: UTET, 2013.

CARDOSO, Luiz Phiplipe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro. Dissertação (Mestrado)** – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2010.

CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. **Desconstituindo a teoria da imprevisão: parâmetros democráticos para revisão judicial dos contratos sob a análise econômica do direito.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, v.1, p. 11, n. 2006. Disponível em <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D11-02.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CENDON, Paolo. **Commentario al código civile, contrato in gelerale.** Milano: Giuffrè, 2010.

CLERICO, Giuseppe. **Incompletezza del contratto e responsabilità delle parti.** In *Rivista critica del diritto privato*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene S.R.L., n. 3, ano 23, p. 593, nota 1, set. 2005.

COASE, Ronald. H. **The problem of social cost.** The Journal of Law and Economics. Vol. III. University of Virginia. October 1960. Disponível em: <<http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **"Law and Economics, 6th edition" (2016).** Berkeley Law Books. Book 2. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção.** 3. ed. totalmente rev., Coimbra: 2017.

Corte internacional de Arbitragem, caso n. 9994, j. em 12.2001. Disponível em: <<http://www.unilex.infor/case.cfm?id=1062>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro.** Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del dieitto in Europa e in América Latina, n. 16, 2003,

_____. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações – Adimplemento e Extinção das Obrigações.** 2. ed. Volume V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente de circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Almedina, Coimbra, 2017.

DIAS NETTO, Egydio Marques; ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. **A verticalização na interpretação dos contratos empresariais**. Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, Edição Especial v. 1, p. 37-63, maio 2015.

DIAS, Luciana Ancona Lopes de Magalhães. **Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro**. In FERNANDES, Wanderley (Coord). Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva: FGV, 2012.

ESPAÑA. Supremo Tribunal Superior, **ROJ n. 5090/2014**. 1. Seccion. Ponente: Roman Garcia Varela. Fecha: 15/10/2014. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7234260&links=&optimize=20141223&publicinterface=true>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Indicadores mostram retração da economia brasileira**. São Paulo: 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/02/1859515-indicadores-mostram-desaceleracao-da-economia-brasileira-veja-infograficos.shtml>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

FORGIONI, Paula A. **A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 130, ano 42 (Nova Sérei), p. 7-38, abr/jun. 2003.

_____. **Contrato de distribuição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **A evolução do direito comercial brasileira: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A interpretação dos negócios interempresariais in COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais in COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras, Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia**. Coimbra Editora, 2010.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Alameda da Universidade: Lisboa, 2008.

GABAN, Eduardo Molan. **Assimetria da Informação e barreiras à livre concorrência**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 11/2004, p. 83 - 106 | Jan / 2004 | DTR\2011\1975.

GALA, Paulo. **A teoria institucional de Douglas North**. Revista de Economia Política. V. 23, n. 2 (90), abr-jun/2003.

GALLO, Paolo. **Contrato e buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto**. Torino: UTET, 2009.

GARCIA, Fabio Gallo. **Verificação da existência de Assimetria de Informações no processo de emissão de ações no mercado brasileiro ‘uma forma de medir a importância da estrutura de ativos de empresas’**. Tese de doutorado em Administração de Empresas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2002.

_____. **Contratos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações**. Parte Especial. Tomo I – Contratos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Oksandro. O princípio da eticidade no direito contratual. *in* Nalin, Paulo (Org). **Princípios de Direito Contratual - Contratos & Sociedade**. vol. 1, 1. ed. (2003), 3a reimpressão (ano 2010). Juruá Editora: Curitiba.

_____. *In* ARAÚJO, Fernando. [et. al.]. **Em busca os caminhos jurídicos para a superação da crise**. Curitiba: PUCPress, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos negócios**. São Paulo: Almedina, 2016

ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262. **Gazetta Ufficiale**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 15 fev. 2018.

KEGEL, Gerhard. Apud CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

KINDLEBERGER, Charles. **Manias, pânico e crashes: um histórico das crises financeiras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000.

KHOURI, Paulo R. Roque. **A Revisão judicial dos contratos no novo código civil, Código do consumidor e lei n 8.666/93: A onerosidade Excessiva Superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006.

LEITER, Maurício Dias. **Bolhas e política monetária: Evidências para a economia**. 2011. 199 f., Tese (Doutorado em Economia) – FEA, Universidade de São Paulo, 2011.

LINS, Jair. **A cláusula rebus sic stantibus**. RF, Rio de Janeiro, n. 55, 1923.

LOTUFO, João Luís Zaratín. **Os reflexos da onerosidade excessiva nas relações contratuais**. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

LOVATO NETO, Renato; GUIMARÃES, Maria Raquel. **Times they are a-changin: De novo sobre a alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português, no direito europeu e nos instrumentos europeus e internacionais de harmonização do direito privado**. Ars Iuris Salmanticensis, vol. 4, Junio 2016, 147-186. eISSN: 2340-5155.

LUPION, Ricardo. **Interpretação dos contratos**. Revista da AJURIS –v. 41, n. 135 – Setembro, 2014.

MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTELLO, Alexandre. AMARAL, Luciana. **Saiba quais são as medidas anunciadas pelo governo para estimular a economia**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/veja-as-medidas-economicas-anunciadas-pelo-governo.ghtml>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MATEFI, Roxana; L. Cernea, *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*. Series VII, Vol. 9 (58) N. 1 – 2016. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=e0d22a12-6ca6-44da-b56a-da899fcca56f%40sessionmgr4010&bdata=Jmxhbmc9cHQYnlmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=117485957&db=asx>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MEKKI, Mustapha. **Hardship and Modification (or ‘Revision’) of the Contract**. 2010. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1542511>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

MERENIUK, Ruy Orlando. **Teoria da Imprevisão: a Doutrina Keynesiana Frente ao Código Civil**. 1. ed. (ano 2005), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

MINSKY, Hyman. 1994, Integração financeira e política monetária. **Economia e Sociedade**, Campinas, n. 3, p. 21-36, dez. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643215/10763>>. Acesso em 01 jan. 2018.

MILONAKIS, Dimitri. **Crise Econômica, a Crise da Economia e o Futuro da Economia Política**. Argumentum, Vitória (ES), v. 3, n.2, p. 12-30, jul/dez.2011. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/viewFile/1621/1664>>. Acesso 30 nov. 2017.

NERY JR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. **Renegociação contratual**. Revista dos Tribunais, ano 100, vol. 906, p. 113-155, abr./2011.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NICÒLO, Rosario. **Alea. Enciclopedia del diritto**, v. 1. Milano: Giuffrè, 1958.

NONATO, Orozimbo. **Aspectos do modernismo jurídico**. Boletim jurídico dos advogados brasileiros, São Paulo, n. 3, 1958.

NORTH, Douglas. **Structure and change in economic history**. New York: Norton, 1981.

OSTI, Giuseppe. **Clausola “rebus sic stantibus”**, Novíssimo Digesto Italiano. v. 3. Turim: Utet, 1964.

PATTERSON, Edwin W. The apportionment of business risk through legal devices. *in Columbia Law review*, New York, 1924, v. 24.

PAULA, Luiz F. Rodrigues de. **Macroeconomia moderna**. São Paulo: Campus, 1999.

PENTEADO, Luciano Camargo. **Integração de Contratos Incompletos**. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINO, Augusto. **La excesiva onerosidad de la prestación**. Frederico de Mallol/trad. e not. Esp. Barcelona: Bosh, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1954.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 187/10.4TVLSB.L2.S1**. 7. Secção. Relator Orlando Afonso. Data do acórdão 10/1/2013. Unanimidade. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/684735e67848b64980257b2400500835?OpenDocument&Highlight=0,187%2F10.4TVLSB.L2.S1>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo n. 1167/10.5TBACB-E.C1.S1**, 7. Secção. Relator Silva Gonçalves. Data do acórdão 10/04/2014. Unanimidade. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/50eb367a4879253a80257cba00397a01?OpenDocument&Highlight=0,1167%2F10>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo n. 876/12.9TVLSB.L1.S1**. 1. Secção. Relator Silva Gonçalves. Data do acórdão 26/01/2016. Maioria. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f5262663296f7da480257f480034d5b9?OpenDocument&Highlight=0,876%2F12.9TVLSB.L1.S1>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 1387/11.5TBCL.G1.S1**. 7. Secção. Relator Granja Da Fonseca. Data do acórdão 10/10/2013. Unanimidade. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83a1d4ae8a10876180257c0600300716?OpenDocument>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo 540/11.6TVLSB.L2.S1**. 2. Secção. Relator Tomé Gomes. Data do acórdão 22/06/2017. Maioria. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7c66b8d7b670fdcb80258147005997f3?OpenDocument&Highlight=0,swap%20>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Processo **2118/10.2TVLSB.L1.S1**. 7. Secção. Relatora Maria Dos Prazeres Pizarro Beleza. Data do acórdão 08/06/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/920759bbc237d40d8025813900598bca?OpenDocument&Highlight=0,swap%20>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: little, Brown and Company, 1972.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. **Teoria da imprevisão e o novo código civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 830/11, dez. 2004.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; Racionalidade Limitada. *In* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (coord) **O que é análise econômica do direito** - uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

_____; VIANNA, Guilherme Borba. **Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais**. *In*. Revista de Direito Público de Economia – RDPE. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n. 24, out/dez, 2008. Disponível em <<http://www.bidofrum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd-55963>>. Acesso em: 22 dez, 2017.

_____. Gestão de contratos empresariais: intervenção e desenvolvimento econômico e socioambiental. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. v. 7, n.7 (Jan/Dez 2007), Curitiba: UniBrasil, 2007.

_____; AZOIA, Viviane Thais. **A função social dos contratos e as externalidades: Uma análise econômica**. Revista do Mestrado em Direito, Brasília, V. 10, n. 2, p. 1-29, jul-dez, 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/7595/4774>>. Acesso em: 18 dez, 2017.

_____. Teoria Geral dos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fabio Ulhoa Coelho *et al.* **Tratado de direito comercial**. Volume 5: Obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Arthur. **Da intervenção do Estado nos contratos concluídos**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1932.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

ROMANO, Cristiano. **Empresa é risco (Como interpretar a Nova Definição)**. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROURINI, Nouriel; MIHM, Stephen. **A economia das crises**. São Paulo: Intrínseca, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Revista de Direito Getúlio Vargas, n. 7, 2008.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SCHUNCK, Giuliana Bonano. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: Um estudo sobre lucro empresarial, capital, crédito, juro e ciclo da conjuntura. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda.

SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. (A cláusula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada). Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

SONAGLI, Joseliane. **A eficiência econômica da recuperação judicial sob a perspectiva da nova economia institucional: o estado e a preservação da empresa.** 2016. 129 p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016
Disponível em:
<http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3420>. Acesso em: 27 jul. 2017.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios.** Curitiba: Juruá, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil.** v. III, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito da Obrigações e Contratos Comerciais. *In* COELHO, Fábio Ulhoa. As obrigações empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial.** Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015

VEJA. **Doze indicadores para resumir a crise brasileira em números.** [S.l.]: 2015.
Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/doze-indicadores-para-resumir-a-crise-brasileira-em-numeros/>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2012.

WALD, ARNOLD. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Revisão de valores no contrato: A correção monetária, a teoria da imprevisão e o direito adquirido.** São Paulo, v. 647, 1989.

WANDERER, Bertrand. Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos Empresariais *in* COELHO, Fábio Ulhoa *et al.* **Tratado de direito comercial.** Volume 5: obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual.** Curitiba: Juruá, 2015.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **O risco contratual.** *In.*: LOPEZ, Teresa Ancora; Lemos, Patrícia Faga Iglecias; Rodrigues Junior, Otavio Luiz (Coord). Sociedade de risco e direito privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Resolução e revisão por onerosidade excessiva.** *In:* Amanda Zoe Morris; Lucas Abreu Barroso. (Org.). *Direito dos Contratos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.