

EVOLUÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO CONTRATUAL¹

THE CONTEMPORARY EVOLUTION OF CONTRACT LAW

San Tiago Dantas

Sumário: Princípios gerais da doutrina dos contratos – As transformações sociais e sua repercussão no direito dos contratos – Política solidarista e normas de economia dirigida – Restrições ao princípio da obrigatoriedade – Revisão dos contratos – Intervenção direta do Estado nas relações econômicas

1 A teoria dos contratos tem sido considerada, tanto nos sistemas derivados do direito romano, como nos derivados da *common law*, uma das partes mais estáveis e perfeitas do direito civil. Dependendo, menos do que outras, dos particularismos de cada época e sociedade, pode ela alcançar – como o direito das obrigações, em que se integra – a universalidade e a racionalidade, que lhe têm permitido adaptar-se, sem derrogação de princípios ou modificações de sistema, a novas exigências econômicas e a diferentes condições de convívio social.

A constituição da doutrina dos contratos como produto extremo da lógica jurídica representa, porém, o termo de uma evolução, através da qual foram sendo eliminadas normas e restrições sem fundamento racional, ao mesmo tempo que se criavam princípios flexíveis, capazes de veicular as imposições do interesse público, sem quebra do sistema.

Toda essa evolução está terminada, em suas linhas e princípios gerais, no fim do século XVIII, e se traduz nas codificações do século seguinte, que deram normas ao surto econômico do capitalismo moderno. Não há exagero em dizer que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa, como o direito das sociedades, especialmente das sociedades por ações, seria o instrumento da segunda, caracterizada pela concentração econômica, pelo desenvolvimento pleno do mercado de capitais e pelas grandes empresas.

¹ DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 3, v. 6, p. 261-276, jan./mar. 2016.

O direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesse; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.

Princípios gerais da doutrina dos contratos

2 Sobre três princípios se fundou, em sua forma evolutiva final, o direito dos contratos:²

- a) sobre o princípio da autonomia da vontade;
- b) sobre o princípio da supremacia da ordem pública;
- c) sobre o princípio da obrigatoriedade das convenções, limitada pela escusa de força maior.

3 O primeiro desses princípios foi o que se afirmou em contraste mais sensível com o direito anterior, e por isso há quem veja nele o traço característico da doutrina contratual do início do século XIX. Esse princípio se traduz, em primeiro lugar, na liberdade reconhecida às partes de estipularem o que lhes convier, fazendo de sua convenção uma verdadeira norma jurídica, que entre elas opera como lei. Neste sentido, o princípio de autonomia da vontade se opõe à tipicidade do contrato, observada em certas fases históricas do direito civil: o conteúdo dos contratos depende exclusivamente do interesse das partes; todas as combinações

² Sobre os princípios gerais do direito dos contratos, cf. quanto ao direito italiano, além de tratados e obras sobre as obrigações em geral, FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina generale del Contratto*, ed. Giuffrè, Milão, p. 10 e segs.; FRANCESCO FERRARA, *Teoria dei contratti*, ed. Jovene. Sobre o direito inglês: ANSON, *Principles of the English Law of Contracts*, 19th, p. 1 e segs. No direito francês, tem dedicado especial atenção ao argumento L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 11, nº 13 e passim; *La publication du contrat*, in *Recueil Lambert*, III, p. 143; *Aperçu général des tendances actuelles de la Théorie des contrats*, in *Revue Trim. de Droit Civil*, 1937, p. I; cf. ainda: PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, VI; os estudos in *Recueil Geny*, II, de RIPERT, PERREAU, JOSSERAND e outros; €1 MAUDRAY, *Des contrats d'après la récente codification privée faite au États Unis*. Sobre o direito suíço das obrigações: A. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, ed. Mohr (Siebeck), I, §§24 e segs. Sobre o direito alemão: LEONHARD, *Allgemeine Schuldrecht des BGB*, I, p. 259; RUDOLF STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, ed. Giutentag. Sobre o direito belga: HENRI DE PAGE, *Traité élém. de Droit Civil belge*, ed. Bruyant, 11, p. 454, 461 e segs., e passim. Sobre o direito português: GALVÃO TELLES, *Dos contratos em geral*, ed. Coimbra, p. 43-59. Sobre o direito brasileiro: M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações*, ed. Freitas Bastos, II, p. 137 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, §§50-65; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito das Obrigações*; o principal trabalho brasileiro versando o tema é a monografia de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*; cf., ainda, DARCY BESSONE, *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. Um estudo geral interpretativo da evolução dos contratos, sem aplicação especial a qualquer sistema de direito positivo, é o de JOSEPH ZAKSAS, *Les transformations du contrat et leur loi*, ed. Skey.

podem ser nele abrigadas, desde que, como veremos ao examinar o princípio seguinte, não ofendam a ordem pública e os bons costumes.

A autonomia da vontade ainda se traduz na liberdade de contratar, isto é, de contrair ou não um vínculo contratual.³ É através deste conceito que a doutrina do contrato se liga à da propriedade, traduzindo a liberdade irrestrita, de que goza o proprietário, de comprometer ou não, segundo seus interesses, o seu patrimônio. Não poderia ser chamado contrato, em face desse conceito, o vínculo que a alguém fosse imposto por lei, ainda que se revestisse de aparência contratual.

O princípio da autonomia da vontade, expresso na liberdade contratual e na liberdade de contratar, não foi, porém, jamais entendido e afirmado como princípio absoluto, a salvo de contrastes e limitações. Assim como nunca se concebeu o direito de propriedade como senhoria absoluta e ilimitada, afirmando-se, pelo contrário, limitações legais de ordem pública e privada aos poderes do proprietário, assim nunca se afirmou o princípio de autonomia da vontade como faculdade de contratar tudo que aprouvesse às partes, sem limites e censuras de ordem jurídica e moral.⁴

4 Esses limites se exprimem no segundo princípio acima enunciado: o da supremacia da ordem pública. Dele decorre a proibição dos pactos contrários à lei e aos bons costumes, e o estabelecimento de normas específicas de caráter imperativo, que as partes não podem derogar convencionalmente, as quais constituem o *ius cogens* contratual. O direito dos contratos apresenta-se, assim, constituído de dois grupos de normas jurídicas: normas imperativas, isto é, inderrogáveis pelas partes, nas quais se traduzem as imposições da ordem pública; e normas supletivas ou declarativas, isto é, aplicáveis se as partes não dispuserem de outro modo, sobre as quais prevalece a autonomia da vontade.⁵

Comparando a legislação civil e comercial do início do século XIX com a que se veio a editar no fim do século e, sobretudo, no início do seguinte, é fácil observar o aumento quantitativo e qualitativo das normas imperativas, principalmente através do direito especial. Quer isso dizer que, sob condições sociais diferentes das que cercaram o primeiro surto do capitalismo industrial no Ocidente, o princípio da autonomia da vontade entrou a perder terreno para o da supremacia da ordem pública. É possível que, onde as peculiaridades do desenvolvimento econômico de uma sociedade venham a criar um período de expansão capitalista, um movimento em sentido contrário se venha a observar, ampliando-se o campo da autonomia da vontade.

³ F. MESSINEO, op. cit., p. 12.

⁴ J. ZAKSAS, op. cit., p. 114 e 176 e segs.

⁵ F. FERRARA, Trattato di Diritto Civile Italiano, vol. 1, p. 59; R. STAMMLER, op. cit., p. 55; REGELSBERGER, Pandekten, L, p. 129.

5 O terceiro princípio – o da obrigatoriedade das convenções – pode ser considerado simples formulação diversa do da autonomia da vontade, já que ambos se exprimem na regra de que o contrato faz lei entre as partes. Mas, enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e consequências.⁶ O que as partes, por mútuo acordo, estipularam e aceitaram deverá ser cumprido (*pacta sunt servanda*) sob pena de execução patrimonial. Esses dois elementos – a obrigatoriedade do compromisso e a execução sobre os bens do devedor – representam o estágio final da evolução do direito dos contratos, depois de desaparecidas as formas de execução sobre a pessoa do devedor, e de superadas as distinções técnicas entre os contratos e os simples pactos, dos quais, no direito antigo, podia resultar um *debitum*, mas não uma obrigação.⁷

O princípio da obrigatoriedade, estando vinculado ao sistema de execução patrimonial, conduz à necessidade de se converter em dinheiro a prestação não cumprida pelo devedor, não só no caso em que esta teria consistido num *facere* ou num *non facere* do devedor, mas também no de se tornar impraticável a entrega da própria coisa prometida, e de se dever proporcionar ao credor o equivalente da prestação.

6 A essas características do direito contratual plenamente evoluído deve ser acrescentada uma outra, que constitui, por assim dizer, o limite técnico do princípio da obrigatoriedade: a regra de que a obrigação contratual se extingue se a prestação se tornar impossível por caso fortuito ou motivo de força maior.⁸ Essa norma, que o direito moderno adotou como um dos fundamentos axiomáticos da doutrina das obrigações, tem origem em necessidades práticas do direito romano, e já se tem observado que não corresponde a um princípio incontrastável de equidade natural. Pois nada se oporia a que o devedor indenizasse o credor, em caso de impossibilidade da prestação, pelo menos na medida em que essa indenização não onerasse o seu patrimônio mais do que o faria a própria prestação.⁹ Desta última doutrina se aproxima o sistema inglês, menos influenciado pelo romano, ao incluir a impossibilidade no âmbito da *frustration*.

A norma de que a impossibilidade da prestação por caso fortuito exonera o devedor de sua obrigação (*casus a nullo praestantiur*) constitui, no direito contratual plenamente evoluído das grandes codificações, o único limite ao princípio da

⁶ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, II, p. 18 e nota; p. 160 e segs.

⁷ G. PACCIONI, *Dei contratti in generale*, p. 3 e segs.

⁸ 7 M. PLANIOL, *Traité élém.*, II, p. 247 e segs.; R. DE RUGGIERO, *Istituzione*, III, p. 129; VON TUHR, *op. cit.*, 11, p. 828; STAMMLER, *op. cit.*, p. 106 e segs.

⁹ LUZZATO, *Casofortuito aforza maggiore come limite alla responsabilità contrattuali*, p. 24; BREGSTEIN, *Rapport au Congrès pour Publication du droit privé*, p. 2.

obrigatoriedade. Requisito dessa impossibilidade é que ela seja objetiva e absoluta; uma impossibilidade subjetiva e relativa, ainda que tornasse excepcionalmente gravosa a obrigação, não teria a força de liberar o devedor. Seria uma simples *difficultas*, que outrora, no entender dos *post-glosadores*, *non tollit obligationem sed excusat* a mora, mas da qual acabou por triunfar, na época do liberalismo jurídico, o princípio da obrigatoriedade da convenção.

7 Tais são as características gerais com que se apresenta, na época das codificações, o direito contratual. Regido pelos princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade das convenções, ele oferecia ao capitalismo industrial nascente um poderoso instrumento de ascensão, adaptável a todas as necessidades da circulação de riquezas. Era, ao mesmo tempo, a obra mais acabada do racionalismo jurídico, não só pelo fundamento lógico de suas regras e princípios, como pela flexibilidade dos seus quadros sistemáticos.

O ponto de flexibilidade máxima do sistema, que iria ser posto à prova nas décadas seguintes, era a interpenetração dos princípios da autonomia da vontade e da supremacia da ordem pública, cujo contraste anima toda a legislação contratual. Graças a essa articulação, o Estado expandiria o número e a importância das normas imperativas, diminuindo a área da liberdade contratual, sem que o sistema se alterasse. Os escritores que viram no crescimento das normas imperativas uma quebra de sistema no direito dos contratos nem sempre atentaram suficientemente nessa flexibilidade do sistema, que admitia a expansão ou o retraimento das exigências da ordem pública. É certo que, comparando direito contratual das grandes codificações ao que resulta das múltiplas leis gerais e especiais posteriores à 1ª e à 2ª Guerras Mundiais, observador surpreende o contraste entre o reduzido número de normas imperativas que limitava, naquele primeiro tempo, a liberdade das partes, e o grande número das que, hoje, estreitam o território em que às partes é lícito escolher.¹⁰ Mas essa transformação de fundo não comprometeu a integridade da forma, isto é, não ofendeu a pureza técnica do sistema contratual, que se achava apto a recebê-la. Em outros pontos, sofreu o sistema revogações mais ou menos relevantes, e é provável que outras lhe venham a ser impostas, dadas as tendências observadas na economia contemporânea.

As transformações sociais e sua repercussão no direito dos contratos

8 Duas são as causas que influenciam a evolução da teoria dos contratos, exercendo pressões crescentes sobre a sua estrutura sistemática:

¹⁰ L. JOSSERAND, op. cit., in Recueil Lanzbert, III, p. 143.

- a) o sentido solidarista, que prepondera na política contemporânea dos Estados democráticos;¹¹
- b) a intervenção crescente do Estado nas relações econômicas, para exercer, por órgãos próprios, um número cada vez maior de atividades.

9 A política econômica e social dos Estados democráticos, na época em que se formou o capitalismo industrial moderno, foi essencialmente individualista, e o direito privado fixou essa tendência em suas normas e institutos. A legislação teve em mira, naquele período, favorecer o dinamismo da sociedade, dando garantias e instrumentos à ascensão dos indivíduos, que se conseguiam impor ao meio social em regime de plena concorrência. O direito contratual, tal como se acha compendiado nas grandes codificações oitocentistas, foi um dos instrumentos jurídicos mais eficazes desse dinamismo, ao lado da reforma do direito de propriedade e do direito hereditário, a qual veio abolir privilégios das antigas classes dirigentes e romper os vínculos anteriores entre a propriedade do solo e o poder político. Uma nova classe de empresários e proprietários ascendeu à direção da sociedade, favorecida, entre outros fatores, pela eficácia e simplicidade das convenções pela suspensão de todos os entraves opostos no direito anterior ao livre jogo dos interesses econômicos, desde a abolição das normas repressivas da usura e da lesão até a queda do formalismo. A livre concorrência e a lei da oferta e da procura foram, então, as leis naturais reguladoras do conteúdo das convenções, restringindo-se ao mínimo as normas jurídicas que cerceavam os seus efeitos.¹²

10 A primeira transformação de longo alcance, observada na matéria, surge quando os particulares se prevalecem da liberdade contratual justamente para eliminarem de suas atividades e relações econômicas a lei da oferta e da procura e o regime de concorrência, iniciando os consórcios de empresas, que viriam a assumir as formas de *trusts* e cartéis. Antes de chegar a um estado de saturação econômica, em que voltaria a ser benevolente para com os consórcios, a sociedade capitalista reagiria contra eles, condenando os contratos destinados a eliminar ou modificar arbitrariamente as condições de concorrência.¹³ As leis anti-*trust* exprimem a concepção de que a liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possam admitir os próprios pactos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a defender mesmo contra a liberdade individual, se esta o ameaçar.

¹¹ Cf. G RIPPERT, *Le régime dézocratique ei de droit civil nzoderne*, 1936.

¹² Sobre as relações entre o direito privado e o capitalismo moderno, v.: ALEXANDRE LEIST, *Privatrecht und Kapiialisznus in 19: JAHRHUNDERT*, ed. Mohr (Siebeek).

¹³ DECUGIS, ROBERT E. OLDS, SIGFRIED TSCHERSCHKY, *Etude sur le régime juridique des Enterites industrielles*, ed. S. des N., p. 9 e passim; ARTURO CAPUTO, *Consorzi d'imprese*, ed. Giufré, p. 96; LAMMERS, *La législation sur les cartels et les trusts*, 1927.

Política solidarista e normas de economia dirigida

11 As transformações subsequentes da política dos Estados democráticos, com reflexo no direito contratual, foram inspiradas pelo princípio da solidariedade social, que, desde o meado do século XIX, tendem a prevalecer, por influência das ideias socialistas, sobre o individualismo puro do período anterior. Nasce a tese da proteção social dos mais fracos, destinada a corrigir as consequências desumanas do liberalismo jurídico favorecendo o empregado em relação ao empregador; o devedor em relação ao credor; o inquilino em relação ao senhorio; a vítima em relação ao autor do dano, ou ao seu responsável indireto; o consumidor em relação ao fornecedor.¹⁴

Foi sob a influência desse pensamento solidarista, que se elaboraram muitas normas restritivas da liberdade contratual, com que os autores têm caracterizado o chamado dirigismo contratual. Algumas são novos princípios e imperativos de ordem pública, cujo ingresso no direito positivo restringe a esfera da autonomia da vontade, mas não confunde os quadros sistemáticos elaborados. Outras parecem atingir esses quadros, embora sem subvertê-los, obrigando-nos a atentar na natureza e particularidades do contrato como instituto.

Em sua maioria, as normas imperativas em questão restringem simplesmente a liberdade de estipular. Uma proíbe que se aumente, a não ser sob certas condições, os aluguéis de um imóvel, ou submete a certos limites a faculdade de rescindir a locação; outra limita a um mínimo legal os salários e fixa consecutórios naturais (*naturalia negotii*) ao contrato de trabalho; outra estabelece tabela de preços para a venda de artigos de primeira necessidade; outra impede que se estipulem juros, ou que se alcancem lucros, acima de certos máximos legais. Em todos esses casos não é lícito ver nas imposições que o interesse público faz à autonomia da vontade uma revogação do sistema dos contratos. Este foi concebido graças ao contraste dos princípios da autonomia e da ordem pública, com a flexibilidade necessária para que o Poder público faça respeitar nas convenções, sem quebra de sistema, as manifestações ocasionais ou permanentes do interesse geral.

12 Outras normas, menos numerosas, parecem, entretanto, pôr em xeque, de maneira mais direta, as concepções básicas da doutrina dos contratos. São elas, sobretudo, as que não se limitam a fixar total ou parcialmente o conteúdo dos contratos, mas chegam a criar a obrigação de contratar, atingindo assim o princípio da autonomia, não só na sua primeira manifestação, que é a liberdade contratual, mas também na segunda, que é a liberdade de contrair ou não uma

¹⁴ L. JOSSERAND, *Evolution et actualités*.

obrigação. As leis que obrigam a vender, aplicáveis em regra a produtores e fornecedores de gêneros alimentícios ou de matérias-primas; as que obrigam a produzir, aplicáveis a industriais, cujos estabelecimentos são solicitados pelo Poder Público a aceitar e executar determinadas encomendas; as que obrigam a comprar, aplicáveis sobretudo nas subscrições compulsórias de empréstimos públicos, dão lugar a contratos coativos, em que a autonomia da vontade se reduz a um simples ato de obediência, para evitar a imposição de sanções legais.

Devemos concluir que a convenção firmada por imposição de lei perde as características de contrato?

É certo que essa convenção se distancia da forma regular do contrato, pois a vontade deixa de se manifestar, ali, em ambas as suas funções – a de definir o conteúdo das obrigações e a de consentir em assumi-las. Mas também é certo que as obrigações contraídas por quem vende, compra ou transporta, sob as condições e preços de uma tarifa legal, e com o impedimento de reter as mercadorias, de que é proprietário, ou de recusar os serviços, que está habilitado a prestar, não são obrigações *ex lege*, isentas de qualquer conteúdo voluntário. Elas representam, de qualquer modo, o último elo de uma cadeia de atos voluntários praticados pelo agente, e embora a convenção final para venda da coisa, ou prestação do serviço, já esteja predeterminada por sua atividade anterior, é à vontade que os seus efeitos têm de ser, em última análise, imputados.

Essa observação nos leva a compreender que entre os conceitos de lei e de contrato não existe uma oposição essencial, mas uma continuidade. As obrigações, quer as chamadas obrigações legais, quer as contratuais, encontram na lei, isto é, na norma jurídica, o seu primeiro fundamento. Legais são aquelas cujo conteúdo e obrigatoriedade se integram unicamente com os elementos fornecidos pela própria lei. Contratuais são aquelas cujo conteúdo e obrigatoriedade se integram, não só com os elementos fornecidos pela própria lei, mas também com outros elaborados pela vontade.

Sejam os elementos elaborados pela vontade mais numerosos ou menos, não se modifica nem se perde a natureza contratual da obrigação. Bastará que ela dependa para seu nascimento de um único ato de vontade, para que mereça tecnicamente o nome de contratual. Eis por que não podemos negar o caráter de contrato às convenções coativas do direito moderno, nem devemos pretender que elas subvertem o sistema do direito contratual.

Restrições ao princípio da obrigatoriedade – Revisão dos contratos

13 A concepção solidarista, que tem inspirado as reformas recentes do direito das obrigações, não atingiu apenas o domínio da autonomia da vontade. Atingiu

também a obrigatoriedade das convenções. E se podemos dizer que o princípio da autonomia da vontade não foi lesado por qualquer das inovações verificadas, limitando-se a sofrer, diante do princípio de supremacia da ordem pública, restrições compatíveis com o seu elástico, não podemos negar que o da obrigatoriedade das convenções tem sido atingido por algumas das novas tendências. Sobretudo pela tendência, que se fez sentir na época da 1ª Guerra Mundial, para a revisão das obrigações tornadas, em virtude de circunstâncias imprevisíveis, excessivamente onerosas para o devedor.

A doutrina da escusa da obrigação por dificuldades supervenientes ao acordo de vontade inicial originou-se, como é notório,¹⁵ no direito dos *post-glosadores*, sob a influência das normas de fundo ético e religioso, que suavizaram o direito civil, adaptando-o às necessidades de uma sociedade economicamente involuída e de baixo nível de vida como foi a medieval.

No século XV, sob a influência do capitalismo comercial nascente, que reclamava regras menos incertas e uma segura discriminação do risco econômico, já a regra começa a declinar, excluindo-se do seu âmbito, com apoio na lição, até então não seguida, de Bartolo, as obrigações de dar coisas fungíveis. Desde então, a história da *difficultas* como escusa dos efeitos moratórios é tributária da história das crises econômicas e dos períodos de depressão, até que o advento do liberalismo econômico e do direito civil do século XIX relega ao esquecimento temporário o engenhoso instrumento de correção do rigorismo romano.

A época de esquecimento terminaria no primeiro quartel do século XX, quando as ideias solidaristas, pendendo para a proteção do devedor, e a crise econômica posterior à Primeira Guerra Mundial, determinando um período de depressão, fizeram renascer, sob diversos fundamentos teóricos, a ideia de que uma alteração substancial das condições gerais, que devem cercar a execução do contrato, autoriza o devedor, mesmo que a prestação não se tenha tornado objetivamente impossível, a pedir a revisão ou a extinção da sua obrigação.

14 O primeiro fundamento apresentado para esta doutrina consistiu na suposição de uma vontade tácita das partes de se desobrigarem, se as condições atuais estivessem radicalmente mudadas no momento da execução. É a cláusula *rebus sic stantibus*, cujas origens e fundamento foram estudados exaustivamente nos ensaios de Pfaff (1898), Fritz (1900) e Osti (1912).¹⁶ Tendo alcançado uma reputação científica considerável nos séculos XVII e XVIII, declinou no século seguinte e não readquiriu crédito doutrinário entre os escritores contemporâneos.

¹⁵ G. OSTI, La cosiddetta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico, in Rivista Diritto Civile, 1812, p. 1 e segs.; BREGSTEIN, op. cit., p. 8.

¹⁶ PFAFF, Die Hausel “rebus sic stantibus” in der Doktrin und der osterr. Gessetzgebung, in Festschrift für Ungarn; FRITZE, Clausula rebus sic standbus, in Archiv f. burgerl., Recht, 1900, p. 29 e segs. 7.

No direito inglês, entretanto, a norma se insinuou como *implied terms* ou *implied conditions*, até que na doutrina mais recente tem deixado de ser considerada uma cláusula tácita, implícita na vontade das partes, para ser vista como norma jurídica.¹⁷

15 A outra orientação se inclinam os autores que, como Windscheid, não querem buscar na vontade concreta das partes a cláusula implícita da resolução pela dificuldade superveniente, e também não querem fazer derivar a regra do direito positivo. Buscando uma base negocial para o princípio, entendem eles que a manutenção de condições gerais no curso do contrato, semelhantes às que prevaleciam no momento da conclusão, constitui um pressuposto objetivo da vontade declarada pelas partes, tenham estas tido ou não consciência de sua imanência na convenção.¹⁸

A estas teorias se aparentam as opiniões dos que fundam a revisão do contrato no princípio da boa-fé, em que se baseia, não a teoria dos contratos, mas a dos atos jurídicos em geral. Entendem eles que seria contrário à boa-fé dos negócios exigir uma prestação tornada extraordinariamente gravosa pela mudança superveniente das condições gerais, quando é certo que devedor, se tivesse podido prever essa mudança, não assumiria a obrigação. A jurisprudência alemã acolheu algumas vezes essa doutrina, na época em que a depressão econômica consecutiva à 1ª Guerra Mundial tornou inexecutíveis, naquele país, sem ruína total do devedor, muitos contratos de execução contínua ou de prestação a termo.¹⁹

16 Uma formulação diferente da doutrina foi a que se processou em França, sob a denominação de teoria da imprevisão. Coube ao Conselho de Estado, durante a 1ª Guerra Mundial, afirmar, em oposição à Corte de Cassação, a doutrina de que as obrigações tornadas excessivamente onerosas em virtude da superveniência de circunstâncias gerais imprevisíveis não podiam ser exigidas sem revisão. Essa doutrina foi consagrada na chamada Lei Faillot de 21.5.1918, e afinal se constituiu na teoria da imprevisão,²⁰ segundo a qual são requisitos indispensáveis para que o devedor se exonere de sua obrigação ou possa obter a sua revisão

¹⁷ MONAIR, Legal effects of war; POLLOCK, Principles of Contract, 12. ed. por PH. WINFIELD, p. 222 e segs.

¹⁸ WINDSCHEID, Die Lehre von der Voraussetzung, 1890.

¹⁹ V. BREGSTEIN, op. cit. p. 8.

²⁰ PLANIOL, Traité élém., II, p. 166 e segs. O estudo e a formação dessa teoria tem sido objeto de numerosas teses francesas: GUEULETT, Effeisjuritiques de la guerre sur les contrais, Paris, 1919; MAURY, Essai sur la notion d'équivalence, Toulouse, 1920; FYOT, Essai d'une justification nouvelle de la Théorie de l'imprévision, Dijon, 1921; VOIRIN, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Nancy, 1922; AUVORNY, L'imprévision, Paris, 1929; FOULA, Les caractères de la notion d'imprévision, Paris, 1938; BARREYRE, L'évolution et la crise du contrat, Bordeaux, 1937. No direito brasileiro, a obra já apontada de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA.

judicial, 1º, a modificação substancial das condições gerais, tornando excepcionalmente gravosa a execução da obrigação; 2º, a imprevisibilidade dessa modificação ao tempo em que se concluiu o contrato.

17 A doutrina da revisão das obrigações por dificuldades supervenientes imprevisíveis encontrou seu campo de aplicação na fase de depressão econômica, que se estendeu entre as duas Guerras Mundiais. Na Alemanha, a queda vertiginosa do poder aquisitivo da moeda, e, em todos os países, as violentas modificações de preços e de mercados tornaram os contratos sucessivos e dependentes de prestações futuras extremamente onerosos para os devedores.

Numa economia que se expande, a onerosidade dessas situações é facilmente absorvida pelos benefícios da prosperidade geral. Talvez por isso não se verificou, depois da 2ª Guerra Mundial, no período de prosperidade que se lhe seguiu, o mesmo apelo que se fez sentir depois da 1ª às teorias visando à revisão ou à resolução dos contratos.

São estas doutrinas, em larga medida, os consectários jurídicos da depressão econômica. É certo que os desequilíbrios monetários consecutivos à 2ª Guerra, a rápida queda do poder aquisitivo interno das moedas e as disparidades de câmbio verificadas entre as várias moedas suscitaram e continuam a suscitar a necessidade de revisão de muitas obrigações. Mas a doutrina da imprevisão não parece oferecer mais que uma indicação de rumo à solução desse problema, a qual pode assentar sobre base teórica menos ampla e mais definida. De fato, a perda de poder aquisitivo da moeda, a alta progressiva de salários, e outros fatores que tornam excessivamente onerosas, no fim de algum tempo, as obrigações compensadas por preços fixos não podem ser considerados circunstâncias imprevisíveis, no mesmo sentido em que se qualificam de imprevisíveis uma guerra, uma revolução interna, ou uma queda de valores como a de 1929. Tanto mais que as altas de salários e as modificações de valor da moeda resultam, direta ou indiretamente, de atos legislativos, administrativos e jurisdicionais do poder público.

A alta dos salários e a perda de poder aquisitivo da moeda são fatos previstos dentro da economia de tendência inflacionária que o mundo atravessa desde o fim da Guerra Mundial. Na prática dos contratos, esses fatos se têm traduzido no desfavor com que são vistos os contratos à *forfait*, a preços fixos, como os de empreitada de fornecimento e os de venda de coisa futura, e na inclusão, em muitas convenções, das chamadas cláusulas escalares (*escalator clauses*) que admitem uma revisão do preço em função das modificações de um número-índice, composto principalmente de dados relativos ao valor da mão de obra.

Começam a ser também discriminadas, entre as obrigações de dar certa soma de dinheiro (*certae pecuniae*), as que têm por objeto não a quantia em si, mas um valor (obrigações de valor). Enquanto as primeiras estão sob o império do

princípio nominalista, isto é, devem ser solvidas com o número de unidades monetárias indicado no título da dívida, ainda que o poder aquisitivo daquelas unidades se tenha modificado, as segundas – as obrigações de valor – devem ser solvidas com a quantia que for capaz de representar o valor esperado.²¹ Essas obrigações escapam, portanto, ao princípio nominalista, admitindo um reajustamento, em que se leve em conta a flutuação do poder aquisitivo da moeda.

18 A doutrina revisionista representa um importante temperamento do princípio da obrigatoriedade dos contratos. Em vez de fazer da impossibilidade objetiva e absoluta por caso fortuito a única escusa da obrigação, ela admite um momento posterior ao acordo de vontades com eficácia modificativa ou resolutive, embora a prestação não se tenha tornado impossível.

É incontestável que as reformas legislativas mais recentes tendem a perfilhar a doutrina da revisão. Embora o seu caráter dominante ainda seja o de uma doutrina de emergência, introduzida por leis especiais de duração determinada (v.g., Lei Faillot, de 21.1.1918, lei francesa, de 22.4.1919, lei belga, de 11.10.1919, lei belga de 20.6.1930), e embora ainda se sustente que esse caráter provisório lhe é essencial, alguns códigos incorporaram seus princípios ao direito geral.

O novo Código italiano, em seus arts. 1.467 e 1.469, dispôs:

Art. 1.467. *Contratto con prestazioni corrispettive.* – Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la sopravvenuta onerosità rientra nell' 'alea eccessivamente onerosa per il verificarsi avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabilite dal l'art. 1.458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell' 'alea normale del contratto.

La parte contro la quale à domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Art. 1.468. *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.

Art. 1.469. *Contratto aleatorio.* – Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura e per volontà delle parti.

²¹ ASCARELLI, *Dívidas de valor*. in *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado*, p. 179; SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetaia*. ed. Oxford, 1938. Sobre o assunto são fundamentais as obras de NUSSBAUM, *Money in the law*, 1939 e ASCARELLI, *La Moneta*, 1928.

Também o Cód. Civil do Egito (1949), em seu art. 147:

Toutefois, lorsque, par suite d'évènements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle.

O Código das Obrigações polonês de 1934, em seu art. 269, dispunha:

Lorsque, par suite d'évènements exceptionnels tels que: guerre, épidémie, perte totale des récoltes et autres cataclysmes naturels, l'exécution de la prestation se heurterait à des difficultés excessives ou menacerait l'une des parties d'une perte exorbitante, que les parties n'ont pas pu prévoir lors de la conclusion du contrat, le tribunal peut, s'il le juge nécessaire d'après les principes de la bonne foi et après avoir pris en considération les intérêts des deux partis, fixer le mode d'exécution, le montant de la prestation, ou même prononcer la résolution de la convention.

No Brasil, o Projeto de Código de Obrigações, em seu art. 32, acolhe a doutrina nestes termos:

Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do contrato, opõe-se ao exato cumprimento desta, dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado, e considerando com equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância.

Como observa o mais acatado monografista do tema no Brasil, o Professor Arnaldo Medeiros da Fonseca, a doutrina da revisão entrou no direito positivo brasileiro através de leis especiais, que atestam a tendência solidarista de nossa legislação posterior ao Código Civil: Dec. nº 19.573, de 1931; Dec. nº 20.632, de 1931; Dec. nº 21.150, de 1934; Dec.-Lei nº 4.598, de 1942; decs.-leis nºs 5.169, de 1943, 6.739, de 1944 e 9.669, de 1946 (leis do inquilinato); Dec. nº 23.501, de 1933; Dec.-Lei nº 1.079, de 1939; Dec. nº 22.626, de 1933; Dec. nº 23.533, de 1933; Dec. nº 23.981, de 1931; Dec. nº 24.233, de 1934; Dec.-Lei nº 150, de 1937; decs.-leis nºs 532, 755, 824, 1.001 e 1.002, de 1938; 1.172,

1.230 e 1.089, de 1939; 2.157, de 1940 (reajustamento econômico de dívidas de agricultores); Dec.-Lei nº 4.759, de 1942; e outros. Essas leis, como a jurisprudência recente das principais cortes brasileiras, traduzem, em grande parte, os desequilíbrios econômicos consequentes à depressão de 1929, cujo principal efeito sobre a economia interna brasileira foi a crise da lavoura, em 1930, e o chamado reajustamento econômico das dívidas de agricultores.

Intervenção direta do Estado nas relações econômicas

19 Assim como a política solidarista das democracias conduziu a limitações da autonomia da vontade e a uma importante revogação da doutrina clássica da obrigatoriedade, com a admissão da revisão dos contratos por dificuldades supervenientes, assim a intervenção do Estado nas relações econômicas, assumindo atividades paralelas às dos particulares, está engendrando e continuará a engendrar problemas de adaptação da teoria contratual.

Quando a intervenção do Estado tem por fim traçar normas e limites à atividade econômica dos particulares, as normas legais, que dele emanam, assumem a forma, já anteriormente examinada, de restrições à liberdade contratual pela ampliação da esfera do interesse público. Quando, porém, é o próprio Estado que toma a si o desempenho de tais atividades, surgem problemas de outra natureza, que afetam o interesse geral e põem em crise, sob certo aspecto, o direito dos contratos.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 1, p. 135-148, jan./mar. 2023.
