

O LIMITE DA *ÁLEA*: PERSPECTIVAS PARA ANÁLISE DOS CONTRATOS ALEATÓRIOS

The limit of the risk: prospects for analysis of the aleatory contracts.

***Livia Gaigher Bósio Campello**

***Mariana Ribeiro Santiago**

Sumário: Introdução; 1. Contratos aleatórios: breves noções; 2. A nova face do princípio da obrigatoriedade dos contratos; 3. A possibilidade de revisão dos contratos aleatórios; Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo visa analisar a possibilidade de revisão ou extinção por onerosidade excessiva dos contratos aleatórios no direito civil brasileiro, adepto da teoria da imprevisão como uma exceção ao princípio da obrigatoriedade das convenções. Nesse intuito, partimos de um estudo sobre as principais características dos contratos aleatórios, enquanto pactos de risco, atravessando todas as transformações do princípio da obrigatoriedade das convenções que culminaram com a sua relativização pela teoria da imprevisão adotada no Código Civil. Após analisarmos os requisitos essenciais para a revisão ou extinção do contrato por onerosidade excessiva no direito civil pátrio, verificamos que não se pode negar tal direito às partes no contrato aleatório, inclusive sob pena de se ferir a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

Palavras-chave: Contrato aleatório. Onerosidade excessiva. Revisão.

Abstract: The present paper analyses the possibility of revision or extinction of the aleatory contracts by excessive burden in Brazilian law, adept of the unpredictability doctrine, an exception to the principle of mandatory of the contracts. To that end, we start studying about the major characteristics of the aleatory contracts, as a source of risk, going through the transformations of the mandatory of the contracts that culminated with its relativization by the unpredictability doctrine in the Civil Code.

* Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos – RJ. Doutoranda em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela PUC-SP. Bolsista do CNPQ.

* Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Advogada e professora da Universidade Nove de Julho - UNINOVE.

After the analysis of the essential requirements for the revision or extinction of the contract by excessive burden in Brazilian Law, we conclude that the mentioned right can not be refused to the parts of the aleatory contract, otherwise the principles of the objective good faith and the social function of the contracts would be offended.

Keywords: Contract aleatory. Excessive burden. Revision.

INTRODUÇÃO

Analisar a relação do homem com o risco, o paradoxo entre instinto de preservação e necessidade de progresso, é uma tarefa árdua e intrigante, que inclusive extrapola os limites do direito.¹

Nada mais natural que essa opção do homem pelo risco como instrumento de desenvolvimento também tivesse reflexos na seara contratual. O risco é o ponto principal de determinados contratos, foco do presente estudo.

Para estudarmos o aludido tipo de contrato, faz-se necessário o recurso à ferramenta da classificação, a fim de destacarmos suas características comuns e essenciais, seus traços particulares, por meio dos quais definiremos os limites do risco a que as partes estão sujeitas em tal hipótese.

Os contratos podem ser classificados de várias formas², conforme o ângulo de enfoque do instituto, sendo que a importância dessas classificações é a de se facilitar a identificação das normas aplicáveis a cada categoria³, em seu contexto singular⁴.

¹ Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves lembram que: “[...] é próprio da natureza humana, fitando o futuro e a ordem natural das coisas, prognosticar probabilidades e vantagens e, através de um sacrifício certo e atual, depositar suas esperanças em obter um ganho duvidoso, mas desproporcional, e a se forrar de riscos eventuais. À empresa humana toda precaução parece inútil, pois o progresso se funda na audácia”. (ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.412-413.)

² Nesse sentido, Maria Helena Diniz ensina que “um mesmo fenômeno pode ser classificado de diversos modos, conforme o ângulo em que se coloca o jurista ou intérprete. Os contratos, portanto, não fogem à regra, sendo passíveis de várias classificações, pois, apesar de sua grande variedade, há caracteres comuns a muitos deles, que possibilitam seu agrupamento em grandes categorias, pela uniformidade de seu regime”. (DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 111.)

³ Vale destacar que Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ressaltam, todavia, que “toda classificação, por ser obra da inteligência humana, pode ser considerada imperfeita. Isso porque toda construção classificatória dependerá da visão metodológica de cada autor, que buscará, dentro da imensa gama de enfoques, aquele que lhe parece mais didático”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*, São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005. p. 123.)

Em termos de classificação, pode-se afirmar que os contratos são: *a)* considerados em si mesmos, quanto: a natureza da obrigação (contratos unilaterais e bilaterais; onerosos e gratuitos; comutativos e aleatórios; paritários e por adesão), à forma (consensuais, formais e reais), à existência de disciplina jurídica (nominados e inominados), ao objeto (pactos de alienação de bens, de transmissão de uso e gozo, de prestação de serviços e de conteúdo especial), ao tempo de execução (de execução imediata, de execução diferida e sucessiva), à pessoa do contratante (*intuitu personae* e *impessoais*); e *b)* reciprocamente considerados (principais e acessórios)⁵.

A análise mais profícua a se proceder acerca dos contratos, pelas divisões e subdivisões que encerra, é aquela que se orienta para os dos contratos em si mesmos, e sob este ângulo, mais abrangente se mostra a classificação quanto à natureza da obrigação, ou seja, em função da prestação pactuada, cujo conteúdo poderá ser o mais diverso possível, em face do princípio da autonomia da vontade⁶.

Nesta oportunidade, para o aprofundamento do tema em estudo, interessa-nos, particularmente, dentro desse aspecto da natureza da obrigação, o esclarecimento sobre os contratos aleatórios, os quais envolvem a ideia do risco.

Questiona-se, portanto - o que seria, exatamente, um contrato aleatório? Quais as restrições que os contratantes encontram ao celebrarem essa espécie contratual? O risco inerente a esse tipo de pacto pode ser limitado? E se o contrato sofrer um desequilíbrio por fatores não previstos inicialmente pelas partes? Ainda assim este pacto estaria sujeito, de forma absoluta, ao princípio da obrigatoriedade das convenções?

Trata-se de reflexões que se mostram fundamentais para a aplicação justa do instituto, tendo em vista que, pela própria estrutura do contrato aleatório, na qual preponderam o risco e um desequilíbrio natural entre as partes, muito se tem discutido na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de revisão desses negócios, recomendada, por exemplo, nos casos de onerosidade excessiva e lesão.

É no intuito de investigar se a referida possibilidade de revisão dos contratos aleatórios é compatível com os riscos assumidos pelas partes nesses tipos de negócio que passaremos a nos dedicar à busca das respostas para questões aludidas retro.

⁴ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 470.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 111.-112.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*, São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005. p. 125-126.

Para a obtenção dos resultados almejados pelo trabalho, utilizamos a pesquisa bibliográfica, abrangendo obras especializadas na teoria dos contratos aleatórios e na matéria do princípio da obrigatoriedade dos contratos e suas exceções. O método de abordagem seguido foi o dialético jurídico, abrangendo o fenômeno, fato concreto e a teoria, de forma simultânea, buscando o resultado com o confronto entre os dois⁷. Não se trata de uma simples exposição descritiva de dados, mas também um raciocínio interpretativo, construtivo e sistemático.

1. CONTRATOS ALEATÓRIOS: BREVES NOÇÕES.

Analisando-se os contratos pelo critério da natureza das obrigações assumidas pelas partes, podemos classificá-los em comutativos ou aleatórios. Os contratos comutativos⁸ e os aleatórios têm em comum a característica da onerosidade, o que significa dizer que são contratos em que todas as partes recebem vantagens por força da celebração⁹.

O contrato comutativo é o pacto oneroso e bilateral em que cada parte recebe da outra prestação relativamente equivalente à sua e pode constatar dita equivalência no momento da celebração. Desse conceito se depreende que os contratantes têm conhecimento prévio das prestações devidas em face do contrato comutativo¹⁰.

François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette¹¹ afirmam que :

[...] le contrat commutatif est un contrat à titre onéreux dans lequel la contrepartie que chaque contractant reçoit est d'ores et déjà certaine et

⁷ A dialética em sua origem na Grécia surge como a arte da discussão ou do diálogo. A partir de Heráclito de Éfeso (540 a.C.) a acepção já incorpora a ideia de compreensão da realidade enquanto essencialmente contraditória e em constante e permanente transformação.

⁸ Ressalve-se que César Fiúza critica a terminologia “contratos comutativos”, preferindo designá-los de pré-estimados. De acordo com referido autor, “comutativo é contrato em que a prestação de uma das partes corresponde contraprestação da outra. Realmente, é este o significado da palavra. Na definição de Aurélio Buarque de Holanda, comutativo é o que comuta; diz respeito à troca. O adjetivo não pode ser utilizado como antônimo de aleatório. Comutativo é antônimo de atributivo, pois que neste não há troca, mas somente atribuição de uma das partes à outra, sem qualquer contraprestação. O antônimo de aleatório, até melhor idéia, bem poderia ser pré-estimado, de vez que as prestações das partes são, previamente, estimáveis”. Reforçando seus argumentos, César Fiúza indica, ainda, o art. 441, do Código Civil, no qual o termo comutativo é utilizado como sinônimo de oneroso, quando da disciplina dos vícios redibitórios (FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 476).

⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed., Trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1999. p. 315; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005. p. 74.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 115.

¹¹ TERRÉ, François ; SIMLER, Philippe; LEQUETE, Yves. *Droit civil : Les obligations*. 10. ed., Paris: Dalloz, 2009. p. 123.

déterminée, les parties connaissant dès la conclusion de l'acte l'étendue des prestations qu'elles doivent et dès avantages qu'elles retirent¹².

A equivalência de prestações ora aludida, frise-se, é uma equivalência subjetiva, pois, a par da avaliação econômica inerente aos bens negociados, pode existir um valor agregado, de caráter imaterial ou sentimental, que interfira na sua apreciação pelo contratante.

Nesse passo, Orlando Gomes¹³ ensina que:

[...] nos contratos comutativos pode não haver equivalência objetiva das prestações, exigível, tão-só, nos que podem ser rescindidos por lesão. Basta equivalência subjetiva. Cada qual é juiz de suas conveniências e interesses. O que os distingue não é tanto a correspondência das vantagens procuradas, mas a certeza objetiva das prestações, obtida no ato de conclusão do negócio jurídico. Assim, ao celebrar, por exemplo, um contrato de compra e venda, o vendedor sabe que deverá receber o preço ajustado na medida de sua conveniência, e o comprador, que lhe será transferida a propriedade do bem que quis adquirir.

Já o contrato aleatório é aquele em que a prestação de uma ou de ambas as partes está ligada a um risco futuro e incerto, que se refletirá na existência ou na quantidade da prestação, submetendo as partes, desde a assinatura do contrato, à eventualidade recíproca de perda ou de ganho, ou seja, cada um deles poderá pagar sem nada receber, ou a receber sem nada pagar¹⁴.

Em termos análogos, pode-se ponderar que os contratos aleatórios são aqueles em que as partes restam incertas acerca da proporcionalidade entre a vantagem esperada e o sacrifício procedido, com alternativa de ganho ou perda, ou seja, quando é incerto o direito à prestação¹⁵.

Ao definir os contratos aleatórios, César Fiúza¹⁶ assevera que:

[...] são contratos em que pelo menos uma das prestações é incerta, dependendo de acontecimento futuro e duvidoso. Exemplo clássico é o contrato de seguro, em que a prestação do segurador é totalmente incerta. Se o seguro cobrir acidentes de veículo, não se sabe se haverá o sinistro, como ocorrerá, quais serão suas proporções etc. Em outras palavras, a prestação do segurador depende do destino.

¹² “O contrato comutativo é um contrato a título oneroso no qual a contraprestação que cada contratante recebe é de logo e já certa e determinada, as partes conhecem desde a conclusão do ato a extensão das prestações que eles devem e as vantagens que obtêm”.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 74.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 116.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 74.

¹⁶ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*, 13. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 475.

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁷ enfatizam que

[...] quando a obrigação de uma das partes somente puder ser exigida em função de coisas ou fatos futuros, cujo risco da não ocorrência for assumido pelo outro contratante, fala-se em contrato aleatório, previsto nos arts. 458/461, como é o caso, por exemplo, dos contratos de seguro, jogo e aposta, bem como o contrato de constituição de renda.

De acordo com Roberto de Ruggiero¹⁸,

[...] não importa que o lucro e respectivamente o prejuízo não seja todo apenas de uma parte (como no jogo ou na aposta), mas se distribua em proporções mais ou menos diversas entre um e outro contraente (...). O que decide do caráter aleatório do contrato é o conceito do risco, que cada um incorre e que não pode, no momento da conclusão do contrato, prever-se sobre qual cairá.

Resta evidente, assim, que o conceito de contrato aleatório está intimamente ligado à ideia de risco.

Sobre o termo “aleatório”, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁹ lecionam que este é oriundo da expressão latina *alea*, a qual significaria “sorte”, sendo que, em termos jurídicos, “sorte” deve ser entendida como o risco que assume o contratante em relação ao retorno patrimonial do pacto celebrado.

Em seu dicionário jurídico, Maria Helena Diniz²⁰ define risco da seguinte forma:

Risco. Direito civil e direito comercial. 1. Possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar responsabilidade civil na sua reparação. 2. Medida de danos ou prejuízos potenciais, expressa em termos de probabilidade estatística de ocorrência e de intensidade ou grandeza das consequências previsíveis. 3. Relação existente entre a probabilidade de uma ameaça de evento adverso ou acidente determinados se concretize com o grau de vulnerabilidade do sistema receptor a seus efeitos.

O risco nos contratos aleatórios, todavia, não deve pesar exclusivamente sobre um dos contratantes, ou seja, nenhuma das partes, quando da celebração teve ter a certeza de que a prestação que lhe cabe será cumprida. Tal desigualdade deve se observar apenas no momento efetivo do cumprimento das prestações, mas não na sua origem.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: *Contratos*. São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005. p. 132.

¹⁸ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed., Trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1999. p. 316.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: *Contratos*. São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005. p. 133.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, V. 4, 1998. p. 215.

Caso essa repartição do risco não seja observada na origem do contrato aleatório, tal pacto estará eivado de nulidade, podendo se configurar a hipótese de condição puramente potestativa, repudiada pelo direito civil pátrio²¹.

Como afirmam Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves²², “é essencial verificar se álea existe, realmente, no momento da formação do contrato. Somente a indeterminação genética ou originária das prestações, não a superveniente, caracteriza esta espécie de negócio. Bem por isso a doutrina francesa identifica a álea com a causa mesma do contrato”.

Em contraponto, Orlando Gomes²³ argui que:

[...] a certeza esperada da prestação dos contratos comutativos não significa que estejam isentos de toda *alea*. Há, por assim dizer, uma *alea* normal em certos contratos que dependem do futuro, sem que percam por isso sua tipicidade comutativa, como na empreitada e no transporte.

Maria Helena Diniz²⁴ lembra, ainda, que o contrato que por natureza seria classificado como comutativo pode ser transformado em aleatório por força da vontade das partes, manifestada através de cláusula explícita, como se observa, por exemplo, no caso em que “o dono de um imóvel faz um contrato de empreitada com alguém para a abertura de um poço, que deverá fornecer a quantidade mínima de 20 mil litros de água, ajustando que o empreiteiro nada receberá se o poço não produzir a quantidade desejada”.

O exemplo clássico de negócio aleatório é o contrato de seguro, onde o segurado paga o prêmio, sem a certeza da ocorrência do sinistro que ensejará a indenização. Os contratos aleatórios se subdividem em aleatórios por natureza, como a rifa, o bilhete de loteria, a constituição de renda vitalícia, o jogo e o seguro; e acidentalmente aleatórios, quando a coisa ou o valor são incertos, como, p. ex., o contrato de garimpo ou de pesquisa, a venda de coisa esperada (colheitas futuras) etc²⁵.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 75; DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 116; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005. p. 133.

²² ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 414-415.

²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 75.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 117.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 115-116.

O Código Civil distingue duas espécies de contratos aleatórios: a) os que dizem respeito a coisas existentes, mas expostas a riscos, como a sua danificação, degradação ou perda; ou b) os que dizem respeito a coisas futuras, sendo que o risco pode estar afeto à própria existência da coisa (*emptio spei*) ou à sua quantidade (*emptio rei speratae*)²⁶.

Orlando Gomes²⁷ salienta que não se deve confundir contrato aleatório e negócio condicional, embora exista alguma semelhança entre ambos, pois, neste caso, a eficácia do pacto dependerá de acontecimento futuro e incerto; e naquele, a incerteza ocorre em relação à extensão das vantagens almejadas pelas partes.

A distinção entre contratos comutativos e aleatórios tem alta relevância em matéria de vícios redibitórios e arras, os quais, conforme a doutrina²⁸, só se justificariam no panorama dos contratos comutativos.

Todavia, tema não tão pacífico entre os juristas, e que também considera a classificação ora exposta, é exatamente o objeto do presente estudo, afeto à limitação ou não da possibilidade de revisão por onerosidade excessiva apenas nos contratos comutativos.

Na tentativa de solucionarmos a problemática ora proposta, faz-se mister, preliminarmente, uma investigação mais profunda da nova roupagem conferida pelo Código Civil ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, tarefa que empreenderemos a seguir.

2. A NOVA FACE DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS.

O princípio da obrigatoriedade consagra o entendimento de que, uma vez obedecidos os requisitos legais para a existência e validade do contrato, a avença se torna obrigatória entre as partes, que não se podem desligar da relação jurídica senão por outro pacto com esse objetivo. Trata-se do *pacta sunt servanda*²⁹.

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: *parte geral*. 39. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, V. 1, 2003. p.75.

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 75.

²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 75; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: *Contratos*. São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005. p. 134.

²⁹ “Os pactos devem ser cumpridos”.

Conforme Ripert³⁰, existe uma regra moral segundo a qual o contrato deve manter o caráter sagrado que tira da palavra dada, do dever de consciência imposto ao devedor e da fé do credor na promessa feita. Fora isso, não se pode negar que, sem a obrigatoriedade, o contrato não desempenharia a sua própria função jurídico-econômica³¹.

Tal concepção já se mostrava expressa no art. 1.134, do Código Civil francês, que dispõe: “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”³².

A partir da noção de força obrigatória, considera-se a intangibilidade do contrato, ou seja, as partes não podem alterar unilateralmente as disposições contratuais, e nem mesmo o Juiz pode interferir nesse conteúdo para alterá-lo. O acordo de vontades torna-se irrevogável.

Os contratantes não podem se furtar ao cumprimento do contrato, sob pena de execução patrimonial (é o nexa liberdade contratual – responsabilidade contratual ao qual se refere Enzo Roppo³³). Esse princípio de que o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas está intimamente ligado ao princípio da força obrigatória dos contratos, algo que sempre foi considerado um fator de segurança para os negociantes.

Na opinião de Silvio Rodrigues³⁴, a obrigatoriedade deve ser encarada do ponto de vista social, e não individual. Aquele que, pela livre manifestação da sua vontade se obriga, cria uma expectativa no meio social, a qual a ordem jurídica deve garantir, estando aí o fundamento da obrigatoriedade, segundo o referido autor.

A obrigatoriedade dos contratos, todavia, nunca foi ilimitada, mesmo na sua concepção clássica, predominante no contexto do Código Civil de 1916. Esses limites são a força maior e o caso fortuito.

Força maior ocorre no caso em que o acontecimento é gerado por um fato da natureza, que o indivíduo não tem condições de impedir. No caso fortuito, ocorre que o

³⁰ RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira, São Paulo: Saraiva, 1937. p. 44.

³¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, 1991. pp. 98-99.

³² Art. 1.134. “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que a fizeram. Não podem ser revogadas senão por mútuo consenso ou por causas que a lei autorize. Devem ser executadas de boa-fé”.

³³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1988. p. 128.

³⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, v. 3, 2002. p. 12.

acontecimento é imprevisível pelo contratante, impossibilitando-o de cumprir a prestação, independentemente de se tratar de fato vencível.

Agostinho Alvim³⁵, ao distinguir caso fortuito e força maior, considera que no caso fortuito haveria um “impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa”; e a força maior seria “o fato externo que não se liga à pessoa, ou à empresa, por nenhum laço de conexidade”.

A força maior e o caso fortuito independem da vontade do contratante, e dentro do sistema de responsabilidade subjetiva, regra no nosso sistema civil, funcionam como excludentes da culpabilidade. Atingem a obrigatoriedade do contrato, possibilitando a extinção da relação contratual, por via da resolução por inexecução contratual involuntária, sem o ressarcimento de perdas e danos (sanção aplicada a quem agiu culposamente, o que não é o caso)³⁶.

Exatamente pela similitude de consequências jurídicas entre os dois institutos e porque têm em comum a característica da inevitabilidade do evento é que muitos autores defendem se tratar de expressões sinônimas³⁷.

Arnoldo Medeiros da Fonseca³⁸, por exemplo, ao realizar minucioso estudo sobre o tema, inclusive no direito comparado, afirma estar a distinção entre caso fortuito e força maior, de origem, de natureza ou de grau, em franco declínio em muitos países.

O princípio da obrigatoriedade é limitado, ainda, pelo próprio princípio da relatividade, uma vez que o contrato obriga apenas as partes, não se estendendo essa força obrigatória além desse limiar.

Na concepção tradicional do princípio da obrigatoriedade, seria impossível admitir que acontecimentos supervenientes rompendo o equilíbrio contratual pudessem ocasionar a revisão judicial do contrato. Mas, atualmente, o princípio em tela foi atenuado com fundamento em razões de equidade, por influência dos novos fatos da realidade social. Modernamente, tem-se aceitado a possibilidade de revisão contratual ante o desequilíbrio drástico entre as prestações contratuais, em decorrência da alteração das circunstâncias em que se processou a celebração do contrato.

³⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1980. p. 330.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 181.

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, v. 1, 1988. p. 38.

³⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp. 101-102.

Foram fatores históricos e sociais, como a Primeira Guerra Mundial, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio da obrigatoriedade em seus termos absolutos³⁹. O marco decisivo nessa mudança de pensamento, segundo o mesmo autor, foi a Lei de Failliot, promulgada na França em maio de 1918, consagrando a possibilidade de revisão de contratos celebrados antes de 1º de agosto de 1914 em que as partes estivessem em situação de ruína em decorrência do estado de guerra⁴⁰.

Foi com base nessa mesma visão que os canonistas, já nos séculos XII e XIII⁴¹, muito antes da deflagração da Primeira Grande Guerra, criaram a cláusula *rebus sic stantibus*, cujo teor é o seguinte: “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”⁴².

Segundo os canonistas, tal cláusula estaria implicitamente inserida nos contratos de execução continuada, condicionando a eficácia do contrato à manutenção das circunstâncias presentes no momento da contratação. Assim, a força obrigatória dos contratos deveria ser temperada pela justiça contratual, ideia essa já presente na obra de Santo Ambrósio, de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino⁴³.

Aplicada pelos tribunais eclesiásticos e perfilhada pelos pós-glosadores⁴⁴, a cláusula *rebus sic stantibus* viveu um período áureo até meados do séc. XVIII, entrando, posteriormente, em declínio, não tendo sido consagrada pelo Código de Napoleão, onde ganharam força, ao contrário, devido à preponderância do individualismo, a autonomia privada e a intangibilidade das convenções⁴⁵.

³⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 37.

⁴⁰ Vale ressaltar, conforme pondera Darcy Bessone na Itália, mesmo antes da Lei de Failliot, um decreto de 1915 já havia equiparado à força maior a circunstância que tornasse excessivamente onerosa a obrigação assumida antes da mobilização geral. (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997. p. 218),

⁴¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 198.

⁴² “Nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação” (tradução livre).

⁴³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, 1991. pp. 100-101.

⁴⁴ O termo glosa, no direito canônico, era utilizado em referência aos comentários e alterações feitas à margem do *Corpus Juris Canonici* (DE PLÁCIDO E SILVA. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1963. p. 741). A Escola dos glosadores desenvolveu-se no período medieval (sécs. XII e XIII), formada pelos jurisconsultos que realizaram a restauração do direito romano, dedicando-se a traduzir e interpretar o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, com objetivos fundamentalmente teóricos. Nesse momento histórico começava-se a desenvolver as cidades e o comércio, despertando o interesse pelo direito romano, mais adiantado, principalmente no tocante à propriedade e às relações mercantis, do que o direito costumeiro e os Códigos bárbaros utilizados na época (LIMA, Paulo Jorge de. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. pp. 89-90).

⁴⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp. 199-200.

A cláusula *rebus sic stantibus* foi reativada, em termos, pela teoria da imprevisão, de origem francesa, em virtude das alterações econômicas e sociais oriundas das duas grandes guerras mundiais⁴⁶.

A teoria da imprevisão juntou à noção de cláusula *rebus sic stantibus* a exigência da imprevisibilidade, por parte do prejudicado, da alteração das circunstâncias. Os requisitos exigidos para a revisão, de acordo com a teoria da imprevisão são: a) tratar-se de contrato de execução continuada; b) fato extraordinário e imprevisível; c) alteração radical da base negocial; d) onerosidade excessiva para uma das partes (desequilíbrio das prestações).

Vale anotar que o Código Civil de 2002 estabelece, no art. 478, *in verbis*:

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.

Complementando dita regulamentação, o referido Código estabelece, no seu art. 479, que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”, e, no seu art. 480, que “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 despeito do referido art. 478, embora o texto legal se refira expressamente à possibilidade de resolução, e não à revisão ou modificação, ao contrário, por exemplo,

⁴⁶ Entre o período de declínio da utilização da cláusula *rebus sic stantibus*, início do século XIX, e seu ressurgimento influenciando a teoria da imprevisão, outras teorias surgiram na tentativa de justificar a possibilidade de revisão dos contratos, como a teoria da pressuposição, de Windscheid, e a teoria da superveniência, de Giuseppe Osti (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 214-215; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, 1991. p. 101).

Segundo a teoria da pressuposição, aquele que manifesta sua vontade sob uma certa pressuposição quer que o efeito jurídico pretendido só venha a ocorrer na existência de um certo estado de relações, à semelhança de quem emite uma declaração de vontade condicionada, sem, contudo, fazer depender dessa condição a declaração de vontade. Através dessa concepção de condição não atendida procurava-se pleitear a revisão, mostrando-se tal teoria menos pretensiosa do que a cláusula *rebus sic stantibus*.

Já a teoria da superveniência, lançada na Itália pouco antes da Primeira Grande Guerra, pregava que, como a promessa deve ser cumprida no futuro, o promitente, no momento da celebração do pacto, faz uma representação mental dos efeitos com que conta, efeitos então abstratos. Distingue, então, a vontade contratual da vontade marginal.

A vontade contratual seria a vontade de se obrigar; e a vontade marginal, a vontade manifestada no momento da celebração de realizar a prestação, mas cuja efetivação depende de acontecimento voluntário posterior. Essa vontade marginal pode ser modificada pela superveniência de fatos não previstos pelas partes ou por outros motivos. Se a prestação deixa de corresponder à vontade marginal estaria autorizada a eliminação dessa prestação.

do que faz o Código português, pode-se considerar que houve a adoção, no nosso ordenamento, com base no citado artigo, da teoria da imprevisão, pelo princípio interpretativo *a maiori ad minus*⁴⁷.

Serpa Lopes⁴⁸ concorda que a revisão dos contratos excessivamente onerosos é decisão mais acertada do que a resolução, tendo em vista que o contrato excessivamente oneroso perde apenas o equilíbrio, mas não a utilidade.

Há autores que admitem essa possibilidade de revisão por onerosidade excessiva, preferindo, entretanto, como fundamento, não o art. 478, do Código de 2002, mas o art. 317, do mesmo Código, que trata da extinção das obrigações em geral e não especificamente dos contratos, dispondo: “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”⁴⁹.

Conclui-se, por essas razões, ter o princípio da obrigatoriedade sofrido grandes limitações devido às alterações na noção de contrato presentes no Código Civil, oriundas da evolução que sofreu o panorama econômico-social mundial desde o século XIX, passando a tolerar, excepcionalmente, a revisão contratual por onerosidade excessiva.

3. A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS CONTRATOS ALEATÓRIOS.

Conforme referido anteriormente, os dispositivos do Código Civil que tratam da possibilidade de revisão do contrato por onerosidade excessiva no nosso direito são o 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”) e o 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

⁴⁷ Pelo argumento *a maiori ad minus*, que possibilita uma interpretação extensiva, se a lei autoriza o mais, implicitamente, *a fortiori* (por mais forte razão), permite o menos, que no caso seria a revisão contratual (DINIZ, Maria Helena Diniz. *As lacunas no direito*. 7. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 170-172).

⁴⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil: *fontes das obrigações: contratos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, 1991. p. 104.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. In: DELGADO, Mario Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil. Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. p. 143.

resolução do contrato. Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação”).

De tais normas, pode-se depreender que os elementos necessários para a configuração da revisão por onerosidade excessiva no ordenamento pátrio são: a) vigência de contrato de execução continuada ou diferida; b) acontecimento extraordinário e imprevisível que atinja o contrato; c) desequilíbrio superveniente entre as prestações dos contratantes; e d) onerosidade excessiva para uma das partes contratantes.

Note-se que, nos referidos dispositivos não há qualquer menção ao fato do contrato objeto do desequilíbrio ser, necessariamente, classificado como comutativo ou aleatório, quanto à natureza das obrigações assumidas pelas partes.

O Código Civil italiano, ao tratar da matéria, dispõe, em seu art. 1.467 que:

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). 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 (962, 1623, 1664, 1923)⁵⁰.

Especificamente acerca da revisão dos contratos aleatórios, diferentemente do Código Civil brasileiro, o Código Civil italiano determina, em seu art. 1.469: “*le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472)*”⁵¹.

Sem se opor expressamente à possibilidade de revisão por onerosidade excessiva dos contratos aleatórios como o Código italiano, o Código Civil português, no seu 437, de forma mais moderada, também ressalta que a revisão não se aplica se o desequilíbrio se refere à *alea* normal do contrato, senão vejamos:

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

⁵⁰ “Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornou-se excessivamente onerosa em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível, a parte que deve tal prestação pode pleitear a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1458 (att. 168). A resolução não pode ser requerida se a onerosidade superveniente é afeta à álea normal do contrato. A parte contra a qual se demanda a resolução pode evitá-la oferecendo-se a modificar equitativamente as condições do contrato (962, 1623, 1664, 1923)” (tradução livre).

⁵¹ “As disposições dos artigos anteriores não se aplicam aos contratos aleatórios por natureza (1879) ou por vontade das partes (1448, 1472)” (tradução livre).

afete 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.

Já o Código Civil argentino é expresso em permitir a revisão por onerosidade excessiva dos contratos aleatórios ao dispor, no seu art. 1.198:

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Ocorre que, embora não haja nenhuma restrição nesse sentido no Código Civil brasileiro, a desproporcionalidade entre as prestações do negócio como requisito fundamental para a caracterização da onerosidade excessiva tem levado a doutrina nacional majoritária⁵² e parte da jurisprudência⁵³ a considerarem que a possibilidade de

⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, São Paulo: Atlas, 2002. p. 115; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, Vol. 3, 2012. p. 199; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2005. p. 184; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, Vol. 3, 2006.

⁵³ [...] 1. Dado ao caráter aleatório que lhe é próprio, o contrato de venda futura de soja em grãos envolve riscos para ambas as partes, sendo previsível a possibilidade de que o preço praticado no mercado à época da colheita possa ser maior ou menor do que o estipulado quando da contratação, não havendo espaço para se falar em onerosidade excessiva em caso de majoração positiva, impedindo o reconhecimento de eventual desequilíbrio entre os contratantes, não sendo possível aplicar-se aí a teoria da imprevisão. 2. Na relação jurídica de compra e venda de produto agrícola (soja futura), firmada entre agricultor e cooperativa agrícola, o comprador não adquire o produto para sua própria utilização, mas visa o repasse à indústria, com finalidade econômica, fruto de sua própria atividade, não se configurando relação de consumo (art. 3º/CDC). 3. Ainda que o comprador possa predeterminar o conteúdo da relação negocial, não detendo o monopólio de fato ou de direito na modalidade, não se configura o contrato de compra e venda de se safra futura estipulado entre cooperativa e agricultor como contrato ‘de’ adesão, mas, quando muito ‘por adesão’. 4. A multa estipulada em cláusula penal compensatória, a título de perdas e danos, no patamar de 30% da obrigação, encontra sustentação legal nas disposições do art. 412 do Código Civil. 5. Apelação a que se nega provimento” (TJPR, Processo 373787-1, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Jorge, j. 12.05.2009).

[...] 1. A aplicação da teoria da imprevisão está adstrita a verificação de acontecimento extraordinário e imprevisível que acarrete onerosidade excessiva ao devedor e enriquecimento sem causa para o credor, fato este que não ocorre nos contratos de compra e venda de soja com preço fixo para entrega futura, uma vez que a oscilação do preço do produto é perfeitamente previsível, tanto é que quando da avença do preço o vendedor nele inclui os custos de produção e uma margem de lucro a fim de dela precaver-se. Assim, a elevação do preço da soja na época da entrega não traduz prejuízo ao vendedor, mas tão somente menor vantagem em relação ao lucro que poderia perceber se tivesse deixado para vender quando da colheita. 2. Havendo inexecução culposa do contrato, devida é a multa prevista a título de cláusula penal, independentemente de prova de perdas e danos por parte daquele que restou prejudicado com o inadimplemento. 3. Mantendo-se a sentença em todos os seus aspectos, não há que se falar em

revisão com tal fundamento se observa apenas nos casos dos contratos de execução continuada ou diferida e comutativos, nos quais a proporcionalidade é a regra.

Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo⁵⁴:

[...] é certo que a resolução por onerosidade excessiva só pode ocorrer nos contratos comutativos de execução continuada ou diferida. O que quer dizer que a previsão inicial das partes, de saberem o que iriam ganhar e perder, resta quebrada, no decorrer do tempo, por substancial aumento valorativo no objeto da prestação contratada, do momento da perfeição do negócio ao de sua efetiva execução.

Igualmente enfático sobre o assunto, Carlos Alberto Bittar Filho⁵⁵ afirma:

[...] não é a todos os contratos que se aplica a teoria da imprevisão – seu campo de incidência não é ilimitado. Pode ser invocada essa teoria, com efeito, somente em se tratando de certas espécies contratuais, de acordo com os lindes traçados pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, é plenamente possível a utilização da teoria em apreço em se tratando de contratos comutativos de execução diferida, continuada ou periódica, não se podendo dela cogitar para a resolução de contratos aleatórios, ou unilaterais.

Pelo nosso entendimento, o risco nos contratos aleatórios não é ilimitado, mas deve se observar, na execução do negócio, apenas no que se refere à natureza do objeto,

modificação dos ônus sucumbenciais. Recurso conhecido e não provido” (TJPR, Processo 290447-4, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. José Sebastião Fagundes Cunha, j. 25.06.2008).

[...] No presente caso é evidente que todos os requisitos de validade da compra e venda de soja em grão a granel, expostos no art. 104 do Código Civil, foram observados, pelo que não há se falar em invalidade do negócio jurídico. A questão relativa à onerosidade do pacto bem como a existência de cláusulas abusivas incide no campo do inadimplemento contratual. Mas insista-se, tais fatos não invalidam o negócio jurídico, no máximo permitiriam sua readequação, que também não é o caso dos autos. O contrato celebrado entre as partes foi de compra e venda de coisa futura, regido pelos art. 458 a 461 do Código Civil, sob o qual não se aplica à espécie o Código de Defesa do Consumidor, pois aqui não existe relação de consumo, não se fazendo presente o fornecedor e o destinatário final nos moldes da mencionada lei. No caso dos autos o autor é, na verdade, o próprio fornecedor da mercadoria, escapando do conceito de relação de consumo tal como admitido no art. 2º da Lei nº 8.078, de 1990. Com efeito, a complexidade das relações negociais, bem como o inevitável e devastador efeito da globalização, impôs mudanças e reviravoltas nas negociações anteriormente verificadas em caráter de normalidade, pelo que é tema corrente o dirigismo contratual, como meio através do qual o Estado, pelo Poder Judiciário, intervém na relação contratual, de modo a equilibrar a situação entre os contratantes e, em consequência, evitar o enriquecimento indevido de uma das partes, com a subsequente ruína da outra. No direito pátrio a teoria da imprevisão é aplicada, mas em caráter de excepcionalidade, vale dizer, somente em situações expressamente consignadas em lei é que se poderá romper com aquelas obrigações previamente estabelecidas entre as partes, pelo que a regra é a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*. O fato superveniente imprevisível e extraordinário, apto a invocar a teoria da imprevisão, efetivamente considerado deve ser cabalmente comprovado. A simples alegação de sua ocorrência não é suficiente. Nos contratos de valor vultoso, como os dos autos, a prova testemunhal não pode ser a única evidência, como exposto no art. 401 do CPC. Nos contratos aleatórios o risco é o principal elemento e é justamente nesse ponto que reside a inaplicabilidade da teoria da imprevisão a essa modalidade contratual” (TJMG, Apelação Cível 0008545-96.2004.8.13.0126, Rel. Des. Lucas Pereira, j. 05.10.2006).

⁵⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 115.

⁵⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 23.

nas circunstâncias em que se celebrou o pacto, não estando as partes imunes a situações extraordinárias e imprevisíveis que provoquem um ganho excessivo para um dos contratantes em detrimento do outro. A desigualdade típica dos contratos aleatórios deve se observar apenas no âmbito previsto no contrato.

A possibilidade de revisão dos contratos aleatórios por onerosidade excessiva foi objeto do Enunciado nº 439 do Conselho da Justiça Federal (aprovado na V Jornada de Direito Civil), pelo qual “é possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”⁵⁶. Também já se nota o desenvolvimento de jurisprudência no mesmo sentido⁵⁷.

Antônio Jeová Santos⁵⁸ admite expressamente a possibilidade de revisão ora analisada, ao afirmar:

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: *teoria geral do direito civil*. 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2005. p. 184.

⁵⁷ [...] I - Ao erigir como princípio da atividade econômica a defesa do consumidor, quis o Constituinte Originário na Constituição de 1988 colocar sob o manto protetor do Código de Defesa do Consumidor, toda a atividade econômica que resulte da relação de consumo, tal como o contrato de leasing; II Aplica-se a Lei nº 8.078/90 às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre consumidores e os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços (art. 3º, par. 2º), tornando possível a apreciação judicial das suas cláusulas, sendo imperativa e intervenção e inegável a importância que atinge hoje, na jurisprudência brasileira, o controle judicial e administrativo sobre os parâmetros de equilíbrio econômico dos contratos, especialmente os bancários, assim como o controle sobre a proporcionalidade das prestações mesmo nos contratos aleatórios; III - Desde a implantação do "Plano Real" os indicadores econômicos perceberam que o Governo vinha adotando a política da taxa de câmbio fixa, alternada com adoção de bandas cambiais das quais resultavam uma valorização do dólar que não atingia 10% ao ano, em relação à moeda nacional e o povo brasileiro, que confiava no Governo e a ele proporcionou novo mandato presidencial, cansou de ouvir que a política cambial era a âncora do real e, desta forma, inatingível por qualquer medida, não poderia prever uma mudança brusca na política monetária, que, em menos de 15 dias, desvalorizou em 60%, a moeda nacional. Portanto, a despeito da admissibilidade de um clima de desconfiança do brasileiro, justificável pelos seguidos "planos econômicos", em relação aos políticos que dirigem a nossa economia, os patamares em que ocorreu a desvalorização eram absolutamente imprevisíveis; IV - A captação de recursos em dólares no exterior está a salvo de qualquer prejuízo em razão da modificação da política cambial porque colocou o Banco Central, à disposição dos contratantes um seguro que lhes possibilita o ressarcimento de possíveis perdas - Resolução nº 2012, do BACEN: "permitir que a entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsa, operações destinadas a proteção (hedge) e contra o (hedge) risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional" Captação na hipótese não comprovada; V - Se o consumidor deparou-se com dois contratos, um em dólar e outro pela variação por qualquer outro índice, e o dólar lhe era mais vantajoso, agiu nos estritos limites de uma natural e sensata opção. Nós o criticaríamos, o acusaríamos de não ter sido inteligente ao não fazer a opção pelo dólar. Mas se a política econômica veio a alterar a base do contrato, tem direito à revisão diante da onerosidade excessiva, resguardando-se o agente financeira através da he VI- A indevida inscrição do consumidor na SERASA gera o dever indenizatório, pouco importando os dias em que permaneceu o nome inscrito *damnum in re ipsa*; VII - Provedimento do recurso" (TJRJ, Apelação 0058098-73.2000.8.19.0001 (2003.001.06488), 13ª Câmara Cível, Rel. Des. A demir Pimentel, j. 17.12.2003).

⁵⁸ SANTOS, Antonio Jeová. *Função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 238.

[...] a teoria da imprevisão em princípio não é aplicada aos contratos aleatórios. A incerteza é a marca desses contratos. As partes açodam sobre as vantagens ou perdas, desde que haja um acontecimento incerto. A eventualidade do acontecimento submete o contrato à sorte, a uma álea. Como as partes assumem todos os riscos e todas as consequências que podem surgir do contrato aleatório, elas especulam e sabem das mudanças que podem ocorrer. Se a onerosidade sobrecarregar o cumprimento da prestação no contrato aleatório e essa onerosidade for produzida por razões alheias à álea, é possível a aplicação da teoria da imprevisão.

Na mesma linha, Sílvio de Salvo Venosa⁵⁹ entende que:

[...] os contratos devem ser a prazo, ou de duração. O contrato de cumprimento instantâneo, como é elementar, não se amolda à problemática da excessiva onerosidade. Esta surge com o decorrer de certo tempo, ainda que muito próxima à feitura do contrato. O fato deve ser imprevisível e imprevisível aos contratantes. Se algum deles já souber de sua existência ou ocorrência, o enfoque desloca-se para os vícios de vontade. O campo de atuação é dos contratos bilaterais comutativos, ou unilaterais onerosos. A onerosidade, como a própria denominação está a dizer, é essencial. Não se aplica, em linha geral, aos contratos aleatórios, embora possamos defender a onerosidade excessiva se o fato imprevisível nada tem a ver com a álea propriamente dita do contrato, isto é, fatores estranhos aos riscos próprios do contrato. Aliás, a dicção da segunda parte do art. 1.198 do Código Civil argentino é expressa em descrever, com minúcias, os contratos atingidos pelo princípio.

Note-se que os contratos aleatórios também têm uma função econômica e social, possuindo uma engrenagem importante para o mercado que movimenta e pela qual é reconhecido e aceito socialmente, estando o interesse social acima do próprio interesse individual nesse negócio.

Essa função econômico social pode ser afetada se, diante de uma situação extraordinária e imprevisível, a avença assumir um caráter excessivamente oneroso, prejuízo este que ultrapassa o âmbito inter partes e atinge todo o mercado em que se insere e a própria sociedade.

Diante desse contexto, não vislumbramos razão plausível para se restringir a possibilidade de revisão por onerosidade excessiva apenas ao âmbito dos contratos comutativos.

Outro limite para o risco nos contratos aleatórios se observa na possibilidade de revisão de tais pactos no caso de lesão, que tem sido acertadamente suscitada por parte da doutrina, que considera que existe um momento de formação do contrato aleatório

⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, V. 2, 2003. p. 466.

em que não se admite a desigualdade entre as partes, não se podendo observar o desequilíbrio consciente entre as mesmas.

O risco nos contratos aleatórios não deve pesar exclusivamente sobre um dos contratantes, o que se opera se uma das partes, quando da celebração do negócio, tiver a certeza de que a prestação que lhe cabe será cumprida. A desigualdade típica dos contratos aleatórios deve se observar apenas no momento efetivo do cumprimento das prestações, não na sua origem.

Do contrário, é possível a configuração da lesão nos contratos aleatórios, nos termos do art. 157, do Código Civil, pelo qual “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Dentre os autores que entendem pela possibilidade da ocorrência de lesão nos contratos aleatórios, com os quais concordamos, está Ana Luiza Maia Nevares⁶⁰, para quem “se o contrato é apenas aparentemente aleatório, o que ocorre quando o risco é do conhecimento de uma das partes, não há que se falar em impossibilidade de invocar a lesão. Nestes casos, aplica-se a disposição do art. 461 do Código Civil de 2002”.

E continua a referida autora⁶¹:

Assim, o contrato aleatório poderá ser lesivo se, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um dos contratantes pelo outro, beneficiado no momento da celebração do negócio.

Na mesma linha, Maria Helena Diniz⁶² afirma que “tal vício de consentimento vem em socorro daquele contratante que está em situação de inferioridade em contratos comutativos, ou a quaisquer contratos onerosos, inclusive aleatórios, tornando-os anuláveis (CC, art. 171, II)”.

Pari passu, Marcelo Guerra Martins⁶³ assevera que “em que pese minoritária tal posição, refletindo-se mais profundamente a respeito da desproporção entre as

⁶⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: Gustavo Tepedino (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 290-291.

⁶¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: Gustavo Tepedino (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291.

⁶² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: *teoria geral do direito civil*. 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2005. p. 455.

⁶³ MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 130.

prestações no contrato e a álea em jogo, conclui-se que a lesão também pode ser aplicada aos contratos aleatórios”.

Exemplificando seu entendimento, o referido autor⁶⁴ cita o contrato de seguro, tipicamente aleatório, em que a companhia seguradora cobre um prêmio muito superior ao justo preço no caso concreto, obtendo lucro exagerado. Daí se conclui que a seguradora estaria lesionando contratualmente o segurado, pois a desproporção inicial do contrato seria absolutamente diversa do risco assumido.⁶⁵

De mais a mais, não podemos deixar de lembrar que qualquer hipótese em que se recusa a revisão contratual devida num contexto de contrato aleatório pode implicar desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, um dos principais pilares do direito civil contemporâneo.

Segundo o princípio da boa-fé objetiva, as partes devem se auxiliar mutuamente tanto na celebração quanto na execução do contrato, comportando-se com lealdade, honestidade e confiança.

Ao disciplinar a boa-fé objetiva, o art. 422, do Código Civil, dispõe: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Na prática, a boa-fé objetiva se observa quando as partes se esforçam em esclarecer todos os fatos relevantes atinentes à contratação, procurando equilibrar realmente as prestações, expressando-se com clareza, preservando os segredos profissionais, mesmo após a extinção do contrato, e agindo de forma a evitar o enriquecimento indevido de uma das partes⁶⁶.

CONCLUSÃO.

⁶⁴ MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 132.

⁶⁵ Nesse sentido, vale citar o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: “Direito Civil. Contrato de Honorários Quota Litis. Remuneração Ad Exitum Fixada em 50% sobre o benefício econômico. Lesão. [...] 3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte. 4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante (...)” (REsp 1155200/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrigui, 3ª T., j. 22/02/2011).

⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 26-27.

Os contratos aleatórios têm características especiais que os diferem dos demais tipos de contratos, sendo o risco a sua grande marca, pois as partes envolvidas nesse tipo de negócio não têm o poder de antever, com exatidão, exatamente o que ganham e o que perdem em face da celebração.

Tais pactos, assim como todos os tipos de contratos, estão sujeitos ao princípio da obrigatoriedade das convenções, pelo qual as partes devem cumprir exatamente aquilo a que se comprometeram umas com as outras, a exceção dos casos em que a lei permite a extinção ou revisão do contrato.

Os casos de onerosidade excessiva são uma hipótese em que o princípio da obrigatoriedade das convenções mostra-se mitigado, desde que configurados os requisitos exigidos pelos arts. 317 e 478, do Código Civil, o qual normatizou a teoria da imprevisão.

Como os casos de revisão ou extinção por onerosidade excessiva pressupõem um desequilíbrio acentuado entre as prestações cabíveis as parte, situação em que um contratante se encontra em extrema desvantagem em relação ao outro, por força de fato extraordinário e imprevisível, grande parte da doutrina defende a tese de que não se trata de quadro compatível com a natureza dos contratos aleatórios, ainda que dita restrição não conste na lei.

Todavia, alguns doutrinadores, com os quais concordamos, admitem a possibilidade de revisão ou extinção dos contratos aleatórios por onerosidade excessiva, desde que o desequilíbrio e a consequente onerosidade excessiva não se refiram ao risco normal do contrato.

De fato, o contrato ser classificado como aleatório não significa que os contratantes assumam um risco absoluto e ilimitado que se dilate para além do objeto vinculado e do mercado em que se desenvolva.

Inegavelmente, existem situações extraordinárias e imprevisíveis para as partes no contrato aleatório que podem tornar a avença extremamente injusta e contrária à boa-fé objetiva, bem como desvirtuar a própria função do negócio, situações em que a força obrigatória deve ser sopesada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1980.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. II, 1963.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, Vol. 1, 2005.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, Vol. 4, 1998.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, Vol. IV, 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, Vol. 3, 2012.

LIMA, Paulo Jorge de. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 39. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. *In: Gustavo Tepedino (coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, Vol. 3, 2006.

- RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, Vol. 1, 1988.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27 ed., São Paulo: Saraiva, Vol. 3, 2002.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed., Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. 3, 1991.
- TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. In: DELGADO, Mario Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil. Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003.
- TERRÉ, François ; SIMLER, Philippe ; LEQUETTE, Yves. *Droit civil : Les obligations*. 10. ed., Paris: Dalloz, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, Vol. 2, 2003.