
SISTEMAS COMPARADOS: EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

*COMPARATIVE SYSTEMS: EVOLUTION OF GOOD FAITH
PRINCIPLE AND REBUS SIC STANTIBUS*

*Daniela Câmara Ferreira
Procuradora Federal – PRF2*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do princípio da boa-fé: de Roma à Codificação; 2 Surgimento da Cláusula Rebus sic Stantibus; 3 Período entreguerras europeu e inflação brasileira: a não aplicação da clausula rebus no direito privado; 4 Conclusão: a convergência do princípio da boa-fé e a cláusula rebus sic stantibus Código Civil de 2002; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a evolução do princípio da boa-fé no direito comparado, desde a Roma até a presente data (nos direitos romano, francês, alemão e brasileiro). Discorre ainda em que medida a *clausula rebus sic stantibus* surgiu como desdobramento da boa-fé, ganhando autonomia do direito administrativo francês sob o nome de Teoria da Imprevisão. Enfrenta ainda a questão da resistência das jurisprudências francesa e brasileira em adotar a Teoria da Imprevisão para os contratos privados. Por fim, analisa a convergência do princípio da boa-fé e *clausula rebus sic stantibus* no Código Civil Brasileiro de 2002.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas Comparados. Boa-fé: Evolução. Cláusula *Rebus*. Contratos Comutativos: Reajuste. Interpretação dos Contratos.

ABSTRACT: The following article deals with the evolution of the good faith principle in comparative law, from ancient Rome to present day (systems: Roman, French, German and Brazilian). It also discusses the extent in which the *rebus sic stantibus* clause emerged as a development of good faith, gaining autonomy within the French administrative law under the name Theory of *Imprévision*. Moreover, the article faces the matter of Brazilian and French resistance against the adoption of the Theory of *Imprévision* for private contracts. Finally, it analyzes the convergence of the good faith principle and the *rebus sic stantibus* clause in the Brazilian Civil Code of 2002.

KEYWORDS: Compared Systems. Good Faith: Evolution. *Rebus* Clause. Commutative Contracts: Adjustment. Contract's Interpretation.

INTRODUÇÃO

Emilio Betti classifica os elementos constitutivos do negócio jurídico como sendo forma e conteúdo, na medida em que a “forma é o modo como o negócio é, [..], como ele se apresenta em face aos outros, na vida de relação: é sua figura exterior. Conteúdo é aquilo que o negócio é, intrinsecamente considerado: a sua fatispécie interior, que é, ao mesmo tempo, fórmula e idéia, palavra e significado [..]”.¹

Segundo o autor, em que pese o respeito à autonomia privada, o negócio jurídico produz efeitos para além das partes contratantes, e, por esta razão, a liberdade de contratar encontra limite na boa-fé. Em resumo: o ato exteriorizado (forma) deve coincidir com a vontade interna que o gerou (conteúdo), sob pena desta divergência ofender a boa-fé, acarretando a nulidade ou anulabilidade do contrato.²

Como o negócio jurídico gera efeitos para toda a sociedade, a boa-fé é um de seus princípios norteadores, devendo estar presente desde o início das tratativas até mesmo após o encerramento do contrato.³

O conceito de boa-fé, porém, sofreu alterações ao longo da evolução do direito civil, desde a Roma antiga até a presente data; por isto, é necessária uma digressão histórica para compreender sua amplitude, e em que medida se distancia e se aproxima da cláusula rebus sic stantibus.

1 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: DA ROMA ANTIGA À CODIFICAÇÃO

No período arcaico romano, a palavra fides tinha dois significados de destaque.

Ela poderia ser usada para exprimir a relação entre patrícios e clientes, na qual os primeiros prometiam proteção aos clientes (fides promessa) que, em contrapartida, retribuía com obediência (fides poder).⁴

No mesmo período, também designava um vínculo não codificado, de conteúdo costumeiro (mores), no qual se adotava um instrumento aberto, como o juramento. Neste contexto, a fides seria a submissão do indivíduo através da palavra dada, um compromisso unilateral criado por uma promessa, um dever do cidadão romano em cumprir com a palavra dada.

Na sociedade classista da Roma arcaica, a confiança podia ser individualizada, subjetiva, pois estava condicionada à posição econômico-

1 BETTI, E. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*: Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 244.

2 *Ibidem*, p. 315, passim.

3 Arts. 113, 187 e 422 do Código Civil Brasileiro de 2002.

4 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

social do indivíduo: era seu ‘crédito’ moral. Por esta razão a fides vinha sempre acompanhada de vocábulos como honor, decus, fama, dignitas, sendo associada aos membros da classe dirigente, mas não todos: apenas os *boni, sani e probi*.

Os dois significados, porém, só faziam sentido naquela Roma arcaica, com um sistema de castas bem definidas, na qual o grau de confiabilidade de cada sujeito era consequência da sua posição dentro da sociedade. Só em uma comunidade circunscrita, em que o status e fides dos cidadãos podiam ser conhecidos a priori, seria possível fazer esta avaliação.⁵

Quando Roma se converteu em um vasto império, abriu-se para o complexo mundo do mercado internacional.

Neste novo cenário, os negócios passaram a ocorrer entre pessoas de comunidades diversas; ficou impossível aferir, aprioristicamente, o grau de confiança de cada contratante a partir de sua origem social, como se fazia antes.

Com a mudança, os pretores sentiram a necessidade de buscar um parâmetro abstrato de boa-fé, que fosse aplicável não só aos romanos, mas também extensível aos estrangeiros (*ius peregrini*); deveria ser servir, indistintamente, a todos que buscassem a proteção no processo formulário da *bonae fidae iudicia*.

Os pretores construíram um parâmetro abstrato, uma fides fictícia, desvinculada da realidade concreta das partes, desprezando suas características subjetivas: a boa-fé deixa de ser uma qualidade individual de determinado cidadão romano no contexto da vida pública da cives, para se tornar uma regra de conduta a ser obedecida pelas partes durante a vigência do contrato.

Nasce forma peculiar de fides, a *bona fides*, aplicável na esfera processual; o pretor deveria levar em conta esta boa-fé objetiva ao julgar as questões relacionados a problemas contratuais. Resume Kaser:

Assim, altera-se a função da *bona fides*, já não é necessária como fundamento independente da obrigação, mas passa a ser o critério com o que o juiz deve julgar a relação jurídica”.⁶

Com o tempo, a boa-fé – que era apenas um princípio interpretativo aplicável na esfera processual – migra, lentamente, para dentro da estrutura dos contratos.

5 FIORI, Roberto (coordenador). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 4*. Roma: Jovene, 2011. p. 103/104, passim.

6 KASER, M. *Direito Privado Romano*. Porto, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 200/221.

A incorporação do princípio jurisprudencial se deu de forma mais ou menos óbvia: ante a possibilidade dos conflitos serem levados ao judiciário, os contratantes, por antecipação, aplicavam a boa-fé desde as tratativas. Sobre a evolução entre o dever de honrar com a palavra dada até o encerramento dos contratos, sintetiza Fiori:

È stato autorevolmente sostenuto che il nucleo primigenio e fondamentale della buona fede risiederebbe nel 'rispetto della parola data', ponendosi così in un rapporto privilegiato com l'affermazione del consenso in ambito contrattuale, essendosi sviluppato solo successivamente un suo valore come strumento di integrazione e correzione del contenuto contrattuale⁷.

O princípio da boa-fé teve sua aplicação crescente nos períodos clássico e pós-clássico, sofrendo sistematização com Justiniano; ele deu outro salto evolutivo na codificação do Direito Civil, iniciada no séc. XVIII, na França Napoleônica. Nas palavras de Menezes Cordeiro:

Depois do Digesto, em 529, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleão, em 1804. A referência a ambas estas datas tem um sentido formal: o Digesto é a cristalização, em certos moldes, do Direito Romano; o Código Napoleão é o formar, também em parâmetros determinados, do Direito europeu anterior.⁸

O Código Napoleônico fora forjado sob os princípios da autonomia da vontade (desdobramento da 'liberdade' que fora mote da Revolução Francesa) e do positivismo jurídico. Assim, em que pese o princípio da boa-fé vir previsto no art. 1.134 do Code, ele sofrera uma ressignificação restritiva em virtude da "presença hegemônica do então dogma da autonomia da vontade, servindo como reforço ao pactuado, numa concepção dimetralmente oposta à configurada pelos 'bona fidei iudicia' romanos".⁹

Dito de outro modo: a boa-fé, que antes servia como fundamento para interpretação, revisão ou resolução dos contratos, tornou-se um princípio de reforço à sua obrigatoriedade. Na medida em que a liberdade e a autonomia da vontade eram pilares do Code, o princípio do pacta sunt servanda deveria prevalecer, em detrimento dos outros princípios; naquela

7 FIORI, op. cit., p. 108.

8 CORDEIRO, op. cit., p. 226.

9 NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo De. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 43/44.

época, a intervenção estatal, pela via judiciária, deveria ser a menor possível, prevalecendo o pactuado pelas partes.

A Escola Exegética não via com bons olhos a aplicação de princípios, conceitos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, qualquer coisa diversa do texto legal. Menezes Cordeiro resume a situação dizendo que o princípio se retraiu de tal maneira que “a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em tempos de não levantar ondas dogmáticas [...]”.¹⁰

Por fim, é importante analisar o salto evolutivo do princípio da boa-fé no BGB; em verdade, sua importância não se dá exatamente por causa do Código Civil Alemão em si mesmo, mas sim dos estudos que o antecederam, na Escola Pandectística.

Se por um lado o Código Napoleônico foi um marco por ser a primeira grande codificação laica da era moderna, a unificação tardia da Federação Alemã fez com que o país tivesse seu Código Civil apenas em janeiro do ano de 1900.

O retardo na elaboração do BGB forçou os juristas alemães a trabalharem por muito tempo sem um código, baseando-se, não poucas vezes, na tradição romanística para decidir os conflitos de ordem privada; eles precisaram encontrar meios alternativos à norma positiva para solucionar conflitos cíveis.

Por esta razão, os pandectistas foram obrigados a discutir de forma muito mais profunda os institutos e princípios do Direito Civil, seja pela via doutrinária, seja através da jurisprudência.

Quando a codificação finalmente chegou para os alemães, já havia um estudo profundo e robusto dos institutos do direito civil. Tereza Negreiros defende que:

Não é exagero afirmar que os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento ocidental são resultado direto da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs. É comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral de boa-fé constante no BGB pelo Poder Judiciário daquele país foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado.¹¹

O princípio da boa-fé veio previsto nos arts. 157 e 242 do BGB, obrigando o devedor a realizar a prestação em conformidade com a boa-fé, bem como determinando a interpretação dos contratos sob a égide deste mesmo princípio.

10 CORDEIRO, op. cit., p. 267.

11 NEGREIROS, op. cit., p. 49.

Da mesma maneira que ocorrera na França napoleônica, a aplicação da boa-fé, nos primeiros tempos de vigência do Código Alemão, foi tímida, e apenas no sentido de reforçar o pactuado.

Em um segundo momento, porém, os estudos pandectistas foram fundamentais para reinterpretar o BGB quando do advento da inflação, no período histórico entre a Primeira e Segunda Grande Guerra na Europa, como será visto adiante.

2 SURGIMENTO DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

A *clausula rebus sic stantibus* surge apenas na Idade Média, sob influência do Direito Canônico, como um desdobramento do princípio da boa-fé.

A Idade Média caracterizou-se, entre outras coisas, por ser um período em que coexistiram vários ordenamentos jurídicos, fruto de fontes diversas: o direito comum andava *pari passu* com o Canônico, sendo que o princípio da boa-fé estava presente nos dois (embora com significados inicialmente diversos).

Enquanto no direito comum o descumprimento do contrato era apenas uma de suas possibilidades, no Canônico ele constituía na quebra da palavra dada, aproximando-se do pecado. Do confronto entre o Direito Comum e o Canônico, emerge uma solução intermediária: a *clausula rebus sic stantibus*.

De acordo com ela, as partes devem manter o pacto, a não ser que as condições existentes à época de sua criação tenham sido alteradas de forma significativa; há, assim, um abrandamento da idéia de que o acordo inicial deva prevalecer sempre, a tendo em vista a alteração das condições no curso do tempo.¹²

A *clausula rebus sic stantibus* foi detectada pela primeira vez em Bártolo, um canonista que, ao comentar o *Digesto*, discorreu sobre o conflito entre a boa-fé contratual e a alteração da situação fática das partes no curso da vigência de um contrato de casamento.

Neratius, D. 12.4.8: "Quod servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit

12 LIMA, Gisela Werneck Moreira Penna. *O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro e no Direito Europeu – Uma Breve Comparação. Publicações da Escola da AGU: 1o Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano V, n. 35, v. 1, p. 273.*

*eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*¹³

No caso, discutia-se a alteração da situação civil dos cônjuges no curso da vigência do contrato de casamento, bem como as consequências desta alteração sobre o dote.

Bártolo, ao comentar a glosa, cunha a expressão: “contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”, ou seja, os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim.¹⁴

Por esta construção doutrinária, seria legítimo dissolver um contrato de trato sucessivo, quando a situação se alterar de forma relevante e imprevisível durante a vigência do contrato.

Segundo Menezes Cordeiro, “haveria, aqui, o nascimento de um conceito novo – o da cláusula rebus sic stantibus – que, de imediato, iniciaria sua expansão.”¹⁵

Ela amenizaria a dureza do princípio *pacta sunt servanda* nos contratos comutativos de trato sucessivo que, em razão de alteração imprevisível de situação na época da assinatura do contrato, transformaram-se em excessivamente onerosos para uma das partes.

Em que pese o fato do estudo da *clausula rebus* ter se expandido entre o fim da Idade Média e começo da Era Moderna, ele não chega a integrar os Códigos Civis do período. Analisando o fenômeno, o mesmo autor teoriza que:

Perante a escassez relativa de fontes clássicas da matéria, acrescida, para mais, pelo incontido desprezo nutrido pelos humanistas face aos glosadores e comentadores, a consagração da *clausula* assumiria, nos esquemas sistemáticos de Cuiacius e Donellus, uma feição incômoda, susceptível de perturbar a elegância do conjunto. O problema foi resolvido com o silêncio pudico”.¹⁶

[...]

13 D. 12.4.8. Neratius libro secundo membranarum.

14 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva na Extinção dos Contratos. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, p. 53/54.

15 CORDEIRO, op. cit., p. 943.

16 *Ibidem*, p. 947.

“O Código Napoleão culminou esta evolução, ignorando totalmente a *clausula rebus sic stantibus* ou qualquer outro instituto que, em geral, prosseguisse sua finalidade. Às vacilações do jusracionalismo somouse, desta feita, todo o peso da tradição elegante francesa, expressa nos silêncios eloquentes de de Cuiacius, Donellus, Domat e Pothier.”¹⁷

Assim, seja por sua ausência de fontes clássicas, seja pelo preconceito dos humanistas, a *clausula rebus* não integrou os códigos modernos, desde o Código Napoleônico até o Código Civil Brasileiro de 1916.

3 PERÍODO ENTREGUERRAS EUROPEU E INFLAÇÃO BRASILEIRA: A NÃO APLICAÇÃO DA CLAUSULA REBUS NO DIREITO PRIVADO

A *clausula rebus sic stantibus* vinha se desenvolvendo na doutrina desde a Idade Média, porém sua evolução foi interrompida de forma sensível em razão de não ter integrado o Código Napoleônico; porém, em um segundo momento, em razão da necessidade de solução para os problemas de uma sociedade cada vez mais complexa, o princípio continuou evoluindo na doutrina e jurisprudência.

As guerras do fim do Séc. XIX e início do Séc. XX geraram alteração súbita nos contratos comutativos do período; este desequilíbrio gerou uma série de litígios, que não tardaram a serem levados aos tribunais franceses.

Houve, então, um certo avanço doutrinário, e o problema da eficácia da alteração das circunstâncias ganhou o nome de ‘Teoria da Imprevisão’ no espaço jurídico-cultural francês.

Ela foi acolhida pelo Conselho de Estado da França, emergindo no julgado de 30 de março de 1916, em uma lide entre a *Compagnie Générale d’Éclairage de Bordeaux* e a Cidade de Bordeaux; neste caso, admitiu-se a revisão de um contrato administrativo de concessão em razão do aumento do preço do carvão no curso da guerra.¹⁸

A Teoria da Imprevisão se desenvolvera rapidamente no Direito Administrativo, passando a ser classificada como uma das cláusulas contratuais exorbitantes (na medida em que exorbitam aquelas previstas no Código Civil e Comercial).

Se a jurisprudência aceitou, com certa facilidade, a Imprevisão na esfera administrativa, o mesmo não aconteceu em relação aos contratos privados. Segundo Ripert, esta rigidez se deu por várias razões:

17 CORDEIRO, op. cit., p. 955.

18 AZEVEDO, op. cit., p. 54.

Não se pode exigir à jurisprudência que admita a anulação e ainda menos a revisão dum contrato, sobre o pretexto dum agravamento da obrigação posterior ao contrato. Ela não poderia, sem o apoio do texto legal, opor esta teoria da revisão por imprevisão ao princípio da força obrigatória do contrato. Tanto mais que invocar o desequilíbrio das prestações posterior ao contrato concluído e comparar esta falta de equivalência à lesão, é expor-se a ver em oposição os textos precisos que afastam a lesão como causa de nulidade do contrato.

[...]

Se os juízes franceses resistiram a este apelo foi antes de mais nada porque tiveram medo do poder que iam outorgar-se. Os glosadores tinham tentado definir as circunstâncias que as partes não tinham podido prever, e insistiram sobretudo sobre a mudança na condição das pessoas. Mas é evidente que as partes não previram a guerra, a interrupção das comunicações, a epidemia, as ordens do Estado para fornecimentos ou entregas obrigatórias, a crise econômica, o desequilíbrio dos câmbios, a depreciação da moeda. Seria necessário então destruir o rever todos os contratos para os acomodar às circunstâncias contando com a vontade provável dos contratantes!

[...]

Não poderá o devedor fugir ao contrato opondo a exceção liberatória do caso de força maior? Bastaria para lhe conceder a sua libertação considerar como força maior a dificuldade do cumprimento quando essa dificuldade tem um certo caráter de gravidade e que não podia ser prevista no momento do contrato.

[...]

E, no entanto, foi justamente durante a última guerra que a jurisprudência se mostrou particularmente refratária a admitir o motivo de força maior. Podiam-se citar decisões anteriores admitindo força maior em caso de dificuldades muito graves de execução, e mesmo estas dificuldades eram exclusivamente do devedor. Mas parece que a jurisprudência receou o pretexto que seria assim dado a todos os devedores e exagerou a sua severidade para que a indulgência manifestada por um não arrastasse à fraqueza para com todos. Ela declarou que a guerra e todas as dificuldades de cumprimentos de

contratos que arrasta consigo não constituem um caso de força maior. Aplicou esse princípio quando não havia rarefação de mercadorias ou matérias-primas, crise de mão-de-obra, preceitos legais reduzindo a produção, taxas novas agravando a indústria. Aplica-o com mais razão quando o devedor se limita a invocar o prejuízo que é causado pelo aumento dos preços e pela depreciação da moeda.¹⁹

Como discorre o autor, vários fatores levaram a Corte de Cassação a não estender a Teoria da Imprevisão à esfera privada: a ausência de previsão no Código Civil, a ausência de critérios objetivos de cabimento, bem como fatores extrajurídicos, como o medo de trazer insegurança jurídica no mercado.

A solução alternativa foi tentar resolver os casos de desequilíbrio no contrato pela boa-fé ou perdas e danos²⁰, mas a força do *pacta sunt servanda* prevalecera na jurisprudência francesa.

Enquanto o Direito Francês foi rígido na interpretação dos contratos privados, no Direito Alemão a solução se deu de forma diversa.

No início, a boa-fé no BGB servira apenas de reforço para a obrigatoriedade dos contratos, como acontecera na França; após a primeira guerra mundial, porém, o princípio sofrera uma ressignificação doutrinário-jurisprudencial.

Segundo Teresa Negreiros, o artigo 242 do Código Civil Alemão ganhou nova dimensão, pois a jurisprudência transformou a cláusula geral de boa-fé, transformando-a “(n)o locus privilegiado de fundamento convergente para os mais variados juízos de valor impostos pelas transformadas condições socioeconômicas”.²¹

Explicando melhor: jurisprudência alemã deu nova dimensão para o princípio da boa-fé, ampliando de tal forma que seria aplicável à vários problemas contratuais, e.g. casos de vedação a comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), e modificação das condições existentes sobre a relação obrigacional (*clausula rebus sic stantibus*), entre outros.

Como dito anteriormente, os estudos da Pandectística deram suporte doutrinário para esta construção, e a boa-fé se expandiu, atendendo inclusive os casos de onerosidade excessiva nos contratos privados comutativos.

Como resume Menezes Cordeiro, “a capacidade reprodutora do sistema devia ser assegurada por um instituto suficientemente amplo para não entravar os desenvolvimentos necessários e imprevisíveis e, em

19 RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 153/158, passim.

20 Ibidem, p. 158.

21 NEGREIROS, op. cit., p. 53.

simultâneo, dotado de um peso juscultural capaz de dar credibilidade às soluções encontradas. A boa-fé tinha este perfil.”²²

Já a solução brasileira, nos períodos inflacionários, durante a vigência do Código Civil de 1916, foi alinhada à francesa: restringiu-se a aplicação da *clausula rebus sic stantibus* à esfera do direito público.

Segundo Villaça Azevedo, durante a vigência do antigo Código Civil, a jurisprudência brasileira exigia três pressupostos para aplicar a teoria da imprevisão em contratos privados: primeiro, deveria ocorrer alteração radical do contrato, causada por circunstância imprevista e imprevisível (álea extraordinária); segundo, devia haver o enriquecimento injusto e inesperado de um dos contratantes; por fim, devia haver a onerosidade excessiva, que tornaria insuportável a execução para uma das partes.²³

Se por um lado o judiciário considerava a *clausula rebus* um princípio formalmente implícito no direito privado brasileiro, por outro negava-lhe a aplicação na medida em era excessivamente rígido do pressuposto de imprevisibilidade.

Villaça, citando Orlando Gomes, resume o entendimento da época: “quem quer que contrate num país, que sofre do mal crônico da inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente, se a prestação pecuniária houver e se der por satisfeita depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelá-lo”²⁴. Era neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na época:

RE 58487 / PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
Relator(a): Min. HERMES LIMA. Julgamento: 03/12/1965.
Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação. DJ 09-03-1966 PP-00635. EMENT VOL-00646-01 PP-00480. RTJ VOL-00036-01 PP-00104Parte(s) RECTE.: CONSTRUTORA IMOBILIÁRIA COMERCIAL S/A (CISA). ADV.: JOÃO DE BARROS FILHO. RECDOS.: ORLANDO FRANÇA E OUTROS. ADV.: ÉLIO NARÉZI.
Ementa: AÇÃO ORDINARIA PARA PEDIR REVISÃO DE PREÇOS ESTABELECIDOS EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA, OU DE RESOLUÇÃO DO VINCULO CONTRATUAL EX NUNC, COM RESTITUIÇÃO DAS PARTES, SOB FORMA SINGELA, AO ESTADO ANTERIOR, COM ACRÉSCIMO, AO ESTADO ANTERIOR, COM ACRÉSCIMO APENAS DOS JUROS LEGAIS.

²² CORDEIRO, op. cit., p. 331.

²³ AZEVEDO, op. cit., p. 54/55.

²⁴ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1980. p. 148, apud AZEVEDO, op. cit., p. 56.

CONFIRMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO PORQUE SE APOIOU NA APRECIACÃO DOS FATOS. O ACÓRDÃO NÃO NEGOU QUE A TEORIA DA IMPREVISÃO SE POSSA APLICAR EM NOSSO DIREITO, APENAS A ELA NÃO SE REFERIU, POR NÃO SER CASO NA ESPÉCIE DOS AUTOS. Decisão. Não conhecido. Unânime. Indexação.

No mesmo sentido:

AI 43675 / GB – GUANABARA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. BARROS MONTEIRO. Julgamento: 02/09/1968. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação. DJ 04-10-1968 PP-03980. EMENT VOL-00741-02 PP-00455. Parte(s). AGTES: RAPHAEL ELIE MIZRAHY E OUTROS. ADV. MARCELLO DE MENDONÇA. AGDOS. WALDEMIRO CURSINO E OUTROS. ADV. JACOB GOLDEMBERG. Ementa: CONTRATO DE CONSTRUÇÃO POR EMPREITADA E PRAZO FIXO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E MATÉRIA DE PROVA. AGRAVO DESPROVIDO. Decisão. Negado provimento, unanimemente. 1ª T., em 2.9.68.

A jurisprudência da Suprema Corte dirigia a de todos os demais tribunais brasileiros. Ao considerar a inflação como fenômeno previsível, esvaziou-se o uso da teoria da imprevisão no direito privado, pois os eventos imprevisíveis diversos da inflação acabariam enquadrados nas hipóteses do caso fortuito ou força maior.

A resistência dos tribunais em revisar os contratos pela inflação crônica experimentada no Brasil do século passado, entre os anos 60 e 90, gerou consequências na jurisprudência e reflexos na doutrina. Como em um primeiro momento as decisões judiciais foram restritivas, bem como a inflação persistia, o próprio direito privado brasileiro acabou por se reorganizar.

A primeira reação imediata é que se desistiu do enquadramento na *clausula rebus*, tentando-se enquadrar as demandas em caso fortuito, força maior ou mesmo resolução por perdas e danos.

Uma segunda reação, a médio prazo, é que os comutativos de vigência prolongada – mesmo os mais simples e improvisados – passaram a ter cláusulas de reajuste e indexação. Nesta esteira, as controvérsias judiciais deixaram de ser sobre a recomposição do preço e passaram a girar em torno de quais seriam os melhores índices de atualização para os contratos de cada ramo de atividade econômica.

Em um terceiro momento, a própria legislação esparsa posterior (e.g. Lei do Inquilinato, arts. 17 e 18) passou a prever hipóteses de reajuste para adequação do preço à inflação.

Por fim, o efeito extrajurídico da indexação foi o reforço da espiral inflacionária, na medida em que os preços dos contratos já eram calculados antecipando suposto aumento, embutindo-o na obrigação futura que sequer se sabia se seria efetivamente mais cara.

4 CONCLUSÃO: A CONVERGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS CÓDIGO CIVIL DE 2002

É lugar-comum na doutrina dizer que o direito tem por finalidade regular a vida em sociedade: *ubi societas, ubi ius; ubi ius, ubi societas*.

Ocorre, porém, que o direito não deve apenas regular a sociedade, mas também estar atento à sua evolução e evoluir com ela, apresentando-lhe soluções às suas demandas, sob pena de se tornar anacrônico.

E não foram poucas as evoluções sociais do último século: note-se, por exemplo, as profundas alterações entre os dois códigos civis brasileiros, que refletem o dinamismo de nossa sociedade em um curto espaço de tempo.

O Código Civil de 1916, de inspiração francesa, privilegiava a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e o formalismo. Já o Código de 2002, de inspiração alemã, dá importância à finalidade dos contratos e privilegia a simplicidade em detrimento do formalismo, bem como prefere a função social dos contratos em detrimento da liberdade das partes.

No novo Código, os contratantes não são livres para fazer todo e qualquer contrato, mas apenas e tão somente aqueles que respeitem as partes e a sociedade, que expressem a intenção dos negociantes e que sejam preferencialmente simples, informais.

Havia, há muito tempo, uma demanda de nossa sociedade por uma legislação civil mais adequada ao novo Brasil: um país com forte migração interna, baixa escolaridade, com desigualdades, informal, plural e urbano.

A doutrina já havia antecipado sua mudança de orientação quando do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que reconhecia o impacto dos contratos na sociedade de massa e a desigualdade de condições entre as partes.

Enquanto o primeiro código fora omissivo em relação à Teoria da Imprevisão e lacônico em relação ao princípio da boa-fé, no novo estes institutos estão presentes e detalhados, inseridos em um sistema amplo de princípios interligados: sociabilidade, eticidade e operabilidade²⁵.

25 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Método/Forense, 2015. p. 115/120, passim.

Dito de outro modo: boa-fé e clausula rebus não vem apenas expressos no novo Código, mas convergem para formar sistema de interpretação dos contratos, preponderantemente social.

A boa-fé contratual vem expressa em três momentos do Código Civil de 2002:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O artigo 422 deixa expresso que a boa-fé deve estar presente desde as tratativas até a conclusão do contrato, enquanto o 187 dá os limites de ordem coletiva ao direito de contratar dos indivíduos. Por fim, o art. 113 vem como cláusula geral de interpretação, não deixando dúvidas quanto a nulidade de cláusulas ou mesmo de contratos inteiros que ofendam a boa-fé.

Da análise destes três artigos, conclui-se que o legislador de 2002 relativizou, em muito, a autonomia privada, a liberdade de contratar e mesmo o *pacta sunt servanda*, priorizando o caráter social dos contratos (sejam eles comutativos ou não). Já a teoria da imprevisão vem expressa nos artigos 478 a 480, *verbis*:

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

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

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

A clausula rebus vem detalhada, deixando clara não só seu cabimento, mas também as hipóteses de composição das partes.

Retomando: a boa-fé e a teoria da imprevisão não vêm apenas previstas no novo Código, isoladamente, mas se inserem dentro de um contexto maior, de um sistema de princípios interligados, que levam em conta o impacto social dos contratos (princípio da sociabilidade).

Se a sociedade não é estática, o direito que a regula também não deve ser; por esta razão, os princípios e institutos jurídicos devem estar em constante evolução, para atender as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa. A análise da evolução de princípios no curso da história permite entender melhor quais as necessidades que os fizeram surgir, bem como as suas hipóteses de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva na Extinção dos Contratos. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIORI, Roberto (coordenador). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 4*. Roma: Jovene, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1984.

LIMA, Gisela Werneck Moreira Penna. O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro e no Direito Europeu – Uma Breve Comparação. *Publicações da Escola da AGU: 1o Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano V, n. 35, v. 1*.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial*, v. XXXII. Rio de Janeiro: Borsoi. 1961.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo De. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código civil. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. *Série Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 20, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Método/Forense, 2015.

