

ZÉLIO FURTADO DA SILVA

**A ADMISSIBILIDADE DA
TEORIA DA IMPREVISÃO
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
COMO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO**

DOUTORADO EM DIREITO

Recife, 2003

ZÉLIO FURTADO DA SILVA

**A ADMISSIBILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA COMO
PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO**

Tese apresentada à banca examinadora da
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE),
como um dos requisitos para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Maurício
Leitão Adeodato.

RECIFE, 2003

ZÉLIO FURTADO DA SILVA

A ADMISSIBILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA COMO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO

Tese apresentada à banca examinadora da
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), como um
dos requisitos para obtenção do título de Doutor em
Direito.

Área de concentração: Filosofia, Teoria Geral e
Sociologia do Direito

Aprovada em / /

Banca Examinadora

.....
Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa

.....
1º Examinador: Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

.....
2º Examinador: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

.....
3º Examinador: Prof. Dr. Michel Zaidan

.....
4º Examinador: Prof. Dr. Geraldo Santos Neves

DEDICATÓRIA

A DEUS, pela sua infinita misericórdia, sem a qual nada teria feito.

A meus pais, Luiz Paulo Silva (*in memoriam*) e Maria Furtado Silva, pela grande visão que tiveram na educação de seus filhos.

A minha Lucicleide Furtado, mulher plena, companheira de todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato, incansável orientador, pela paciência e incentivo.

Aos demais ilustres professores do Doutorado, com os quais tive a alegria de conviver e aprender.

Ao Prof. Geraldo Neves, pelos livros que me foram emprestados.

À UFPB/UFCG na pessoa do Prof. Joaquim Alencar, Diretor do CCJS – Campus III – Sousa (PB) e aos demais colegas professores, especialmente do DDPPJ. A Auderi Braga, pela colaboração.

A meu amigo e irmão Luiz Humberto.

A Maria Jeruza Xavier Marques, pelo incentivo e colaboração.

Aos funcionários da Pós-Graduação em Direito da UFPE, especialmente Jôsy e Carminha.

RESUMO

Trata-se de tese de doutoramento, perante a Universidade Federal de Pernambuco, na área de Filosofia, Teoria Geral e Sociologia do Direito, enfocando o princípio geral de Direito como recurso retórico utilizado pela jurisprudência brasileira para admitir a **teoria da imprevisão**.

A tese faz um apanhado de como a teoria da imprevisão, que permite a revisão e a resolução dos contratos de trato sucessivo e execução diferida, foi introduzida na lógica judiciária, até então dominada pela irretratabilidade dos contratos.

Procura-se explicar, dentro da realidade brasileira, que a solução do caso concreto independe de estar na lei, estando nas mãos do intérprete e julgador a prerrogativa de decidir como quer.

Afirma-se que, no cotejo com a legislação e a situação concreta, o juiz brasileiro, quando desconsidera a norma escrita e admite a revisão e a resolução do contrato, sustenta-se em argumentos que lhe parecem ser persuasivos, como os princípios da boa-fé e da equidade, para justificar a aplicação da **teoria da imprevisão** como fim ético do Direito.

Demonstra-se a maneira peculiar como funciona a prestação jurisdicional no Brasil, e de que modo atuam certas estratégias extralegis incorporadas ao aparelho judiciário.

Apresenta-se a evolução da cláusula *rebus sic stantibus* e decisões que marcaram a jurisprudência brasileira nesse assunto.

RÉSUMÉ

*Il s'agit d'une thèse de doctorat présentée auprès l'Université Fédérale de Pernambuco, dans la sphère de la Philosophie, Théorie Générale et la Sociologie du Droit , envisageant le principe général de droit autant que recours rhétorique utilisé par la jurisprudence brésilienne, à fin d'admettre la **théorie de l'imprévision**.*

Cette thèse fait un bilan des moyens dont la théorie de l'imprévision – qui permet la révision et la résolution des contracts à traitement sucessif ainsi que des contracts à exécution différée – a été introduite dans la logique judiciaire, jusqu'alors sous le domaine de l'irrévocabilité des contracts.

On cherche à expliquer, dans la situation réelle du Brésil, que la solution des cas concret ne dépend pas de la loi mais de l'interprète et du juge qui a la prérogative de décider comme il veut.

*Tout en faisant un parallèle entre la législation et la situation concrète, on affirme que le juge brésilien – lorsqu'il ne tient pas compte de la norme écrite et qu'il admet la révision et la solution du contrat – tient des arguments qui lui semblent persuasifs, comme le sont les principes de bonté et d'équité, pour justifier l'application de la **théorie de l'imprévision**, autant que but éthique du Droit.*

On démontre ainsi la manière particulière dont fonctionne la prestation judiciaire au Brésil et comment se font certaines stratégies extralégales incorporées au système judiciaire.

*On présente donc ici l'évolution de la clause **rebus sic stantibus** ainsi que des décisions qui ont marqué la jurisprudence à ce sujet.*

RIASSUNTO

*Il presente lavoro riassume la tesi di dottoramento in Filosofia, Teoria Generale e Sociologia del Diritto, alla Universidade Federal de Pernambuco, nella quale viene messo in evidenza il principio generale del diritto come ricorso retorico utilizzato dalla giurisprudenza brasiliana nell'ammissione della **teoria dell'imprevedibilità**.*

*La tesi dimostra il modo in cui la **teoria dell'imprevedibilità**, la quale permette la revisione e la risoluzione dei contratti di tratto successivo e di esecuzione differita, sia stata introdotta nella logica giudiziaria, fin allora dominata dalla non ritrattabilità dei contratti.*

Si pretende spiegare che, nella realtà brasiliana, è nelle mani dell'interprete e giudicante che si trova la prerogativa di decidere come crede, se la soluzione del caso concreto dipenda o meno dal risultare dalla legge.

*Nel confronto con la legislazione e la concreta situazione, si afferma che il giudice brasiliano, quando non considera la norma scritta, ammettendo la revisione e la risoluzione del contratto, si regge su argomenti che gli sembrano persuasivi come i principi della buona fede e dell'equità, onde giustificare l'applicazione della **teoria dell'imprevedibilità**, come fine etico del diritto.*

Ci si dimostra, altresì, la maniera peculiare di funzionamento della prestazione giurisdizionale in Brasile e il modo in cui si mettono in atto certe strategie extralegali incorporate all'apparato giudiziario.

*In conclusione, si presenta l'evoluzione della clausola **rebus sic stantibus** e decisioni che hanno segnato la giurisprudenza brasiliana nel tema in oggetto.*

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS

AC: Apelação Cível

Ac: Apelação Cível

ACORQO: Ação Cível Originária Ordinária

ADC: Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIn: Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ag: Agravo

AGRAG: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento ou de Petição

AgRg: Agravo Regimental

AI: Agravo de Instrumento

Ap: Apelação

AOrig.: Ação Originária

AR: Ação Rescisória

c/c: combinado com

CC: Código Civil

CCom.: Código Comercial

CDC.: Código de Defesa do Consumidor

CF: Constituição Federal

Cf.: Confira

Cláusula *rebus s.s.*: Cláusula *rebus sic stantibus*

CP: Código Penal

CPC: Código de Processo Civil

DF: Distrito Federal

DJ: Diário da Justiça

DJU: Diário da Justiça da União

DOU: Diário Oficial da União

ED: Embargos Declaratórios

e.g.: exempli gratia (por exemplo)

Embs: Embargos

HC: *Habeas Corpus*

j.: Julgado

JSTF: LEX-Jurisprudência do STF

LC: Lei Complementar

LICC: Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro

Lim: Liminar

MC: Medida Cautelar

Min.: Ministro

MP: Medida Provisória

MS: Mandado de Segurança

p.ex.: Por exemplo

p.: Página

pp. Páginas

PET: Petição

PETMC: Petição em Medida Cautelar

RDA: Revista de Direito Administrativo

RE: Recurso Extraordinário

Recl.: Reclamação

Rel: Relator

Repr.: Representação

REsp: Recurso Especial

RF: Revista Forense

RI: Regimento Interno

RO: Recurso Ordinário

RT: Revista dos Tribunais

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

T.: Turma

tb: Também

TJ: Tribunal de Justiça

TJDF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TRF: Tribunal Regional Federal

v.: Vide, ver, veja

v.g.: *Verbi gratia* (por exemplo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I	A Teoria da imprevisão em uma perspectiva retórica.....	13
II	A Teoria da imprevisão na prática forense.....	20
III	A Interpretação como instrumento de decisão.....	22
IV	O Judiciário brasileiro: retrato em uma pesquisa.....	23
V	A vontade na dimensão social do Direito	27
VI	Teorias Revisionistas: idênticos efeitos práticos.....	29
VII	Teoria da Imprevisão: a fórmula retórica consagrada em matéria de revisão e resolução dos contratos.....	30
VIII	Evolução e atualidade da teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira.....	31
IX	Aspectos metodológicos.....	34

CAPÍTULO PRIMEIRO - A LEI EM TESE E O DIREITO APLICADO

1.1-	Observações preliminares.....	36
1.2-	A interpretação como instrumento de decisão.....	40
1.3-	A decisão pela argumentação.....	49
1.4-	Retórica: o entimema e a decisão.....	52
1.5-	Entimema, <i>topos</i> e teoria da imprevisão.....	57

CAPÍTULO SEGUNDO – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL À BRASILEIRA

2.1-	Notas sobre uma pesquisa.....	61
2.2-	Jurisdição de primeiro grau: o Direito nas mãos do juiz.....	69
2.3-	Jurisdição do STF: a outra face do Direito.....	73
2.4-	Modelo Operacional.....	82
2.5-	Hermenêutica à brasileira.....	86
2.6-	Os princípios jurídicos como modelos retóricos: a realidade brasileira.....	94
2.7-	Anotações dogmáticas sobre os princípios gerais de direito na legislação brasileira.....	103

CAPÍTULO TERCEIRO - A VONTADE COMO FENÔMENO JURÍDICO

3.1- Em torno do significado da vontade.....	109
3.2- A vontade no espaço jurídico.....	115

CAPÍTULO QUARTO – TEORIAS REVISIONISTAS DOS CONTRATOS: EM TORNO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

4.1- Considerações iniciais.....	122
4.2- As teorias revisionistas e seus paradigmas retóricos.....	123

CAPÍTULO QUINTO – TEORIA DA IMPREVISÃO: UMA PROPOSTA RETÓRICA PARA REVISÃO E RESOLUÇÃO DE CONTRATOS

5.1- Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> : referências históricas.....	136
5.2- Teoria da imprevisão: noções em torno do seu significado e importância.....	143
5.3- Base hipotética para revisão ou resolução.....	147
5.4- O Código Civil de 1916 e a teoria da imprevisão.....	150
5.5- O novo Código Civil e a teoria da imprevisão.....	152

CAPÍTULO SEXTO – A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A TEORIA DA IMPREVISÃO

6.1- Fase inicial.....	156
6.2- Evolução e atualidade.....	165
6.3- Planos econômicos.....	170
6.4- Contratos com base no Código de Defesa do Consumidor.....	181
6.5- Locação.....	187
6.6- Contratos com a Administração Pública.....	195
6.7- Casa própria – SFH.....	206
6.8- Pensão Alimentícia.....	209
6.9- O caso da crise de energia elétrica.....	212
6.10- O caso Minas.....	215

CONCLUSÕES.....	220
------------------------	------------

REFERÊNCIAS

1- Livros.....	227
2- Artigos.....	231
3- <i>Sites</i> jurídicos: processos judiciais.....	236

INTRODUÇÃO

I - A TEORIA DA IMPREVISÃO EM UMA PERSPECTIVA RETÓRICA

Este trabalho pretende demonstrar como a **teoria da imprevisão** foi introduzida na jurisprudência brasileira, a partir da primeira decisão, em 1930. Por ausência de dispositivo legal prevendo a revisão ou resolução dos contratos de execução diferida e trato sucessivo, o Judiciário recorreu aos princípios gerais de direito para fundamentar a aplicação da teoria da imprevisão na solução do caso concreto.

A **teoria da imprevisão**, em uma perspectiva retórica, tenta explicar que é possível superar a regra jurídica escrita; que não há decisões impossíveis nem irrefutáveis, o julgador não depende necessariamente da lei para deliberar, basta que apresente um fundamento, toda decisão é possível. Porquanto, a retórica, na visão aristotélica, dispõe de recursos como o **entimema**, os **lugares-comuns**, e os que são **particulares** ao Direito, como os **princípios gerais** para fundamentar qualquer que seja a tomada de decisão.

O entimema é um silogismo incompleto, uma das premissas, por ser supostamente óbvia, está subentendida. Os lugares-comuns são opiniões que se aplicam indistintamente a vários ramos do conhecimento; o lugar particular, ou *topoi* são próprios de cada ramo do saber; os princípios jurídicos, por exemplo, seriam os lugares específicos, particulares do Direito. Tanto os lugares-comuns como os específicos fundamentam o entimema, são suas premissas (Aristóteles, s/d, p. 37).

Aristóteles define a retórica como sendo “a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar a persuasão. Nenhuma outra arte possui essa função, porque as demais artes têm, sobre o objeto que lhes é próprio, a possibilidade de instruir e de persuadir [...]” (s/d, p. 33).

O pensamento aristotélico evoluiu, compreendendo-se, atualmente, a retórica em três sentidos: 1 - retóricas materiais, como sendo a própria linguagem; 2 - retóricas práticas são suas técnicas de aplicação; e 3 - a retórica analítica, o estudo da relação entre as duas retóricas, sob uma perspectiva epistemológica (BALLWEG, 1991, p. 179-180).

A retórica material seria a própria linguagem que conhecemos para conceituar e designar as coisas, “A linguagem mesma é retórica” como sentença Ballweg (s/d, p. 176) “Ela tem todos os meios retóricos a seu alcance, cada um com a função específica que lhe é atribuída nos sistemas lingüísticos sociais.”

No processo de condensação retórica da linguagem comum em direção às linguagens de controle (e científicas) do Direito, do dinheiro, do poder, do amor, dos mitos e religiões encontram-se as retóricas materiais, com as quais preenchemos as funções básicas da vida em comum, tais como orientação e ordenação, regularidade e vinculação duradoura, posicionamento e relacionamento. Estes sistemas lingüísticos – no sentido de linguagens de comando – constituem o vocabulário filtrado da linguagem comum, do qual nós temos que nos utilizar. (s/d: 176-177).

Enquanto que a retórica prática são os meios de manipulação da linguagem visando a obtenção de um resultado.

As retóricas práticas ensinam o emprego transcende dos meios retóricos imanentes à linguagem, objetivando a transmissão das *doxai* tal como estas são reunidas nas dogmáticas, na intenção de persuadir, convencer ou fazer crer. No campo das opiniões, só se pode lidar com opiniões....Para tanto, a retórica desenvolve a tópica (inventio) a teoria da argumentação, a teoria das figuras e a teoria do *status*, ao lado de outras teorias sobre a conduta discursiva e a ação lingüística ” (BALLWEG, s/d, p. 178).

É no saber utilizar as retóricas práticas que se pode construir soluções jurídicas capazes de transformar e fazer evoluir o pensamento jurídico. A trajetória da **teoria da imprevisão** é bem um exemplo de que isso é possível: a retórica contribuir para a realização do Direito.

Com efeito, a teoria da imprevisão serve-se do significado que a linguagem jurídica empresta aos vocábulos: boa-fé e equidade, para, mediante uma técnica discursiva retórica, revisar ou resolver contratos de longa duração. A boa-fé e equidade seriam **lugares particulares** do Direito que fundamentariam o **silogismo retórico**, do qual resulta a teoria da imprevisão, como técnica de argumentação ao discurso judicial nas questões contratuais de trato sucessivo e de execução diferida.¹

Desse modo, ainda como exemplo de que é possível modificar decisões, aparelhando-se com **práticas retóricas**, lembremo-nos, quando do surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, o ambiente era totalmente adverso para as pretensões do Direito canônico, porque se impunha o princípio romano do *pacta sunt servanda*; mesmo assim, o tribunal eclesiástico soube enfrentar. Contrariando a doutrina romana, construíram a cláusula *rebus sic stantibus*, dizendo-se com base na ética, na moral, e em princípios religiosos. A cláusula desde então passou a ser admitida, embora seja inexpressa nos contratos.

¹O sentido que é dado à expressão **boa-fé**, nesta tese, compreende “**intenção pura**, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, conseqüentemente, protegido pelos preceitos legais” (SILVA, 1993, p. 327). O conceito de **equidade** nos parece mais adequado visto por Aristóteles, equidade como o justo, e, também, “o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade.” (1992, p. 109).

A **teoria da imprevisão** é uma denominação que foi utilizada, pela primeira vez, pelo Conselho de Estado na França, ao decidir sobre uma questão envolvendo um contrato de fornecimento de longa duração de uma empresa estatal com a cidade de Bordeaux, em que uma das partes, reclamando dos prejuízos que estava suportando por conta dos efeitos da Primeira Grande Guerra Mundial (1914/1918), pedia que fosse revisto o contrato (MAIA, 1959:186-187).

De fato, a **teoria da imprevisão**, como tantas outras que se construíram nesses últimos quase cem anos, tem uma origem comum: a cláusula *rebus sic stantibus*, proveniente dos “juristas do Direito canônico e da jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, assim como dos pós-glosadores ou bartolistas” (FONSECA, 1943, p. 194).

A cláusula *rebus* foi um recurso retórico que a jurisprudência medieval apresentou sob o pretexto de que não se deveria permitir a ruína do devedor nem a riqueza do credor provocada por acontecimentos que não teriam sido previstos no momento em que as partes firmaram o contrato.

A cláusula *rebus sic stantibus* seria uma abreviação da expressão: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*, atribuída a Bartolo², depois vulgarizada como *rebus sic stantibus* (SIDOU, 1962, p. 15).

Tal cláusula, não estando **expressa** nos contratos, reconhecê-la como **implícita** requer, no mínimo, que o julgador argumente de modo que convença ser a melhor solução para o caso concreto, e somente isso é possível se subsidiar o discurso jurídico tomando de empréstimo conteúdos jurídicos consagrados, como a boa-fé, a equidade, a proibição quanto

²Bartolo teria vivido entre os anos de 1313 a 1357, foi o principal representante dos pós-glosadores ou comentadores, Escola que procurou dar nova interpretação dos textos romanos. Iniciada a partir do final do século XIII e de grande influência nos três séculos seguintes. Tal Escola, “[...] põe a tónica sobre a necessidade de examinar os textos de Direito romano no seu conjunto e de retirar deles princípios gerais, a fim de aplicar aos problemas da vida corrente” (Gilissen, s/d: 345:346). Teria sido Bártolo quem mais contribuiu para a utilização do Direito romano no estudo do Direito do seu tempo. “[...] Dir-se-á durante muito tempo: *Nemo iurista nisi sit Bartolista* (ninguém é jurista se não for Bartolista)” (GILISSEN, s/d, p. 347).

ao enriquecimento injusto e outros tipificados como princípios gerais de Direito, servem de modelos retóricos por gozarem tradicionalmente de prestígio por terem a pretensão de ser a verdade, a certeza e o justo que se busca no Direito.

A cláusula *rebus sic stantibus* não está implícita em todos os contratos, apenas nos contratos de trato sucessivo e execução diferida, e o momento de invocá-la surge com os efeitos dos acontecimentos imprevisíveis, durante a execução do contrato, por ter provocado mudanças na situação de tal ordem que cause onerosidade excessiva para uma das partes e vantagem desproporcional, para outra. Buscando, com a revisão ou resolução do contrato, evitar a ruína do devedor e o enriquecimento injusto do credor; sob o argumento de que essa cláusula persegue o justo, a boa-fé, estando na ética e na moral, seu fundamento.

Tão antiga quanto polêmica, aceita como execrada, a cláusula *rebus sic stantibus* tem propiciado calorosas discussões quanto à sua adoção pelo legislador, e quanto à sua aplicação no judiciário, ao longo de sua trajetória milenar.

Na prática forense como nos estudos jurídicos, as expressões teoria da imprevisão e cláusula *rebus sic stantibus* são citadas indistintamente, como se fossem sinônimas. Daí, porque, também não teremos qualquer preconceito em citar uma ou outra. De verdadeiro é que a teoria da imprevisão procura fundamentar e explicar o que antes se entendia como sendo própria da cláusula *rebus sic stantibus*.

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11.09.1990) e da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre licitações, expressão como **resolução por onerosidade excessiva**, inclusive adotada pelo novo Código Civil, tem sido utilizada para designar o sentido da **teoria da imprevisão**.

A jurisprudência vem conservando as denominações cláusula *rebus sic stantibus* e **teoria da imprevisão**, prova disso é que foram mencionadas em recentes ações

promovidas pelos Estados do Rio de Janeiro e o de Minas Gerais, perante o Supremo Tribunal Federal. Sobre as mesmas, comentamos no Capítulo Sexto, subitens 6.9 e 6.10.

Nesse contexto, de resolução de contrato por onerosidade excessiva, a expressão **teoria da imprevisão** não parece fácil de ser substituída e esquecida. O Des. Jones Figueiredo, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que auxiliou, na Câmara Federal, o relator do novo Código Civil, enfrentando questões de Direito do consumidor, mesmo citando **onerosidade** não deixa de destacar, em seus arestos, a denominação teoria da imprevisão, como demonstramos no subitem 6.4. *in fine* do Capítulo Sexto.

Por tais razões e pelo fato de esta tese se reportar à admissibilidade da teoria da imprevisão em uma época que vicejava unicamente esse nome, entendemos, então, de adotá-la ao lado da sua antecessora: **cláusula *rebus sic stantibus***, embora saibamos que o Código Civil atual utiliza a expressão **resolução por onerosidade excessiva**.

Sem embargo, é sempre polêmico o momento em que se deve aplicar a cláusula *rebus*, porque reacende o antagonismo, o antigo conflito ético-moral entre o bem e o mal: o egoísmo daquele que não se importa em enriquecer-se com a ruína do outro contratante tragado pela fatalidade contra a solidariedade cristã que exige co-participação no sofrimento e dor; entre o que modernamente se denomina prevalência do social sobre o individual e aí o privado cede ao coletivo, e o Direito é confundido com o justo, com a equidade.

E, nesse entrechoque, que parece ser tão real e concreto, o julgador vai precisar da retórica para criar a solução que lhe pareça mais consentânea com o Direito, segundo sua própria visão, cabendo ou não aplicar a cláusula *rebus sic stantibus*, tudo a depender da opção argumentativa que fizer diante a situação.

Como se tem dito, a busca para manter a justeza nos contratos, como pretende a fórmula retórica criada como sendo objetivo da **teoria da imprevisão**, transcende as formalidades expressas nos contratos e a qualquer outro princípio.

O que, tradicionalmente, era de mera feição individual, particular, assume um caráter de interesse social a exigir a presença do Estado-Juiz para dirimir, daí se dizer que, naquelas hipóteses em que o caso admite ser interpretado à luz da **teoria da imprevisão**, não há prevalência da autonomia da vontade, a irretratabilidade das convenções, o *pacta sunt servanda* perdem o prestígio que normalmente gozam nas outras espécies de contratos.

A cláusula *rebus sic stantibus* detém substancialmente uma carga ético-moral herdada do cristianismo, seu próprio berço, talvez por isso se apresente como um forte discurso jurídico capaz de persuadir inúmeros auditórios, ante seu forte apelo, ao mundo, do que é justo, da equidade.

Nas relações contratuais de trato sucessivo e execução diferida, a cláusula *rebus* viceja em estado letárgico, gravitando de forma sub-reptícia, disfarçada durante todo o curso em que a obrigação vai se perfazendo. No momento em que surge o imprevisível, propiciando um franco desequilíbrio para uma das partes, eis que aparece, emerge com toda sua força conteudista, para se impor como instrumento de equidade contratual.

O novo nesta tese não é o tema, já bastante explorado, tendo sido, inclusive, objeto de tese nesta mesma Faculdade de Direito, em 1940, pelo Prof. Dr. Abgar Soriano de Oliveira. O que ainda a literatura jurídica não explorou foi a metodologia de interpretação e a aplicação da lei que o Poder Judiciário utilizou para admitir a teoria da imprevisão no Direito brasileiro.

Nossa proposta é também demonstrar que a prerrogativa que é concedida ao magistrado de julgar conforme seu convencimento torna a aplicação do Direito vulnerável à vontade de uma autoridade, nem sempre preparada para a nobre missão de julgar.

A tese, afinal, apresenta-se calcada, basicamente, nestas três vertentes: (a) a descrição do fato de admissibilidade da teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira; (b) a

investigação de como se deu essa admissibilidade; e (c) os recursos hermenêuticos utilizados com a constatação do emprego da retórica para manipular o texto da lei.

II - A TEORIA DA IMPREVISÃO NA PRÁTICA FORENSE

Independentemente de que esteja explícita ou implícita nas soluções que dependem de se evocar a cláusula *rebus*, a via judiciária apresenta-se como a única com competência para dizer da oportunidade de sua aplicação, para decidir questões afeitas à resolução ou revisão dos contratos, porque ao Estado-Juiz está reservada a prerrogativa de jurisdição, para dirimir conflitos.³

Apesar do seu largo alcance prático e de importância para as relações jurídicas de natureza contratual, a sua admissão na dogmática jurídica brasileira tem sido em caráter restrito, porque o Código Civil de 1916 não admitia expressamente.

Felizmente, o novo Código (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que entrou em vigor no dia 12 de janeiro de 2003, entendeu de disciplinar, em três dispositivos, os arts. 478 a 480. Tratando o art. 478 da resolução, o 479 dando a chance de o réu modificar “equitativamente as condições do contrato”; e o art. 480 que possibilita a redução ou alteração do modo de executar a obrigação “a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

³ Com a entrada em vigor da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre arbitragem, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art.1º). O art. 2º dispõe que a arbitragem poderá ser de Direito ou de equidade.

Foi a partir de uma decisão judicial, em instância de primeiro grau no ano de 1930, que, pela primeira vez, foi acolhida – no Brasil –, a cláusula *rebus sic stantibus*, começando, a partir daquela data, a ser timidamente discutida e esporadicamente admitida. Mesmo assim, ressurgia do esquecimento e do desprestígio a que tinha sido relegada pelo Direito brasileiro na legislação codificada.

A admissibilidade da **teoria da imprevisão** no Direito brasileiro, mesmo não existindo expressamente no Código Civil e na legislação extravagante, foi tarefa do Judiciário que achou de adotá-la com base na prevalência do princípio jurídico sobre a regra jurídica comum. A citação de vários exemplos (cf., Capítulo Sexto), demonstra uma verdadeira evolução do pensamento jurídico nacional nas últimas décadas do século passado, nessa matéria.

Até a promulgação da Constituição Federal vigente (5.10.1988), o Supremo Tribunal Federal – STF –, também tratava de questões atinentes à **teoria da imprevisão** em grau de recurso para apreciar questão de lei federal. Após aquela data, o Superior Tribunal de Justiça passou, como tribunal superior competente, a conhecer e a julgar questões na área legal. Em alguns tipos de ação, porém, em que o STF é competente para processar e julgar originariamente, em primeira e última instâncias, como aquelas de que tratam o inc. I do art. 102, pode aquela Corte conhecer da matéria, como aconteceu nas ações versando sobre a crise de energia e a retenção de verbas, promovidas contra a União pelos Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais respectivamente nos subitens 6.9 e 6.10 do Capítulo Sexto.

III – A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DECISÃO

A questão é tratada no Capítulo Primeiro, no qual se aborda a importância da interpretação e aplicação do Direito no Brasil, o papel do magistrado na solução dos conflitos e as Escolas hermenêuticas que parecem mais identificadas com a jurisprudência brasileira.

A interpretação tem sido uma das mais intrincadas questões que a teoria geral tem enfrentado no último século com vista à realização do Direito. Divergências têm sido muitas, porque o alvo não se concentra em um único ponto, são plurais: vão desde a indagação do sentido teleológico e prático do Direito até os aspectos éticos do juiz e da decisão, em meio a problemas subjetivos e objetivos da lei em si, como texto legislativo.

A lei não consegue acompanhar as constantes mutações sociais, a dinâmica social, a enorme conflituosidade nos grandes centros urbanos de forma que possa prever mais rapidamente soluções socialmente mais justas. Tal situação tem sobrecarregado todas as instâncias judiciais, exigido do intérprete maior esforço para realizar o Direito.

Diante de uma situação visivelmente conflituosa, a interpretação do Direito assume um papel de inegável importância, como instrumento da decisão que tem a responsabilidade de dizer o Direito, sem negar a força da lei, contrabalançando o direito individual e o interesse coletivo.

As diversas escolas hermenêuticas, a partir do Código de Napoleão com a Escola de exegese, segundo a qual a lei não necessita de interpretação, o juiz deve apenas aplicá-la, até os dias atuais com a metódica estruturante de Friedrich Müller, para quem “a norma geral não é prévia só o seu texto o é” (ADEODATO, 2002, p. 239), têm se esforçado em demonstrar o acerto de seus postulados, contudo todas se revelam incapazes de resolver, em definitivo, esse inegável problema, a realização do Direito.

Demonstra-se, nesse apanhado, que a decisão judiciária apegada ao método silogístico formal, em que a premissa maior é a norma geral, a premissa menor, o caso concreto e a conclusão, a solução do problema, tal não passa de obra de fachada. Com efeito, o julgador fundamenta-se em silogismos retóricos retirados de **lugares-comuns, opiniões** já incorporadas à experiência jurídica, para, a partir daí, dar a decisão que acha adequada.

IV - O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: RETRATO EM UMA PESQUISA

Sobre o Poder Judiciário, parte-se aqui de dois postulados empíricos básicos: primeiro, que foi a partir de decisões judiciais que começou a florescer o emprego da teoria da imprevisão no Brasil, o que significa dizer que não se pode contar a história da evolução do pensamento civilista sobre a revisão de contratos, sem antes falarmos no papel da jurisprudência e outro ponto é que a cláusula *rebus sic stantibus* é argumento do universo da interpretação judicial, sem a participação do Poder Judiciário, não há como recorrer à revisão ou resolução dos contratos com base nessa cláusula.

Para comentarmos sobre o método como interpreta e julga a magistratura brasileira, realizamos uma pesquisa de campo: afinal, a admissibilidade da teoria da imprevisão no Brasil foi resultado de um trabalho jurisdicional de interpretação e aplicação do Direito.

A pesquisa tinha como objetivo saber se a lei era aplicada ou simplesmente utilizada como fachada no discurso judicial. Além da pesquisa empírica, realizada na primeira instância na Justiça Federal de Pernambuco, fizemos uma pesquisa bibliográfica nas decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio de consultas a repositórios de jurisprudência e pela *internet*.

Consultamos e obtivemos cópias, perante os arquivos daquela jurisdição, das principais peças dos 100 processos sorteados por amostragem durante o período fixado pela pesquisa, dez anos, com início em 1988, após a promulgação da vigente Constituição Federal. Com os dados catalogados, analisamos e descrevemos os resultados.

O assunto é tratado no Capítulo Segundo, no subitem 2.1, aí demonstramos os dados obtidos na pesquisa e comentamos sobre os mesmos. No subitem 2.2, concluímos o nosso entendimento de que o juiz de primeiro grau não julga de acordo com a lei e, sim, de acordo com sua vontade e interesse. No subitem 2.3, apresentamos e comentamos os arestos do STF, concluindo que a “independência” daquela Corte segue apenas a conveniência de seus integrantes.

Constatamos que não há um método de se julgar, o juiz se comporta como senhor absoluto do Direito. E o legislador contribui para esse tipo de situação, quando põe nas mãos do magistrado a prerrogativa de julgar segundo suas convicções (art.131 do CPC)⁴.

O judiciário brasileiro, a partir de sua Alta Corte, não segue qualquer escola hermenêutica, senão a própria vontade de seus componentes. Na solução dos conflitos, o que mais interessa não é estar em consonância com a lei e, sim, como utilizar a retórica para julgar segundo sua vontade. O discurso jurídico é a forma que dá aparência e legitimidade às decisões que atendem a outros interesses, menos propriamente ao Direito.

Observa-se que essa estrutura mantém-se pendurada em “estratégias discursivas”, porquanto faz parte o juiz confundir a prerrogativa de independência funcional e livre convencimento e julgar segundo a sua vontade, sem qualquer compromisso em seguir a Lei.

⁴ A legislação processual concede ao julgador a prerrogativa de decidir segundo seu convencimento, desde que fundamentado. O texto do art. 131, diz: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

O ideal seria que o Judiciário tivesse sempre uma postura que atendesse aos interesses coletivos, sem, contudo, esmagar os direitos e as garantias individuais. O pior é ter um Judiciário que finge estar atendendo ao interesse público, quando, verdadeiramente, atende a fins político-partidários, circunstanciais, dos ocupantes do Poder Executivo.

Nos subitens 2.4 e 2.5, com base em todo um arsenal de informações colhidas na pesquisa empírica e nos arestos jurisprudenciais da lavra do STF, identificamos uma outra realidade: a de que existe uma prestação jurisdicional à brasileira. Aí começamos a refletir sobre o assunto do Capítulo Segundo, dessa feita com uma boa participação do que aprendemos sobre forma de legitimação exposta por Adeodato (1992, p. 207-242).

Nessas “estratégias extralegais”, identificamos o *modus operandi* do Poder Judiciário brasileiro, evidentemente, guardadas as devidas exceções. Constata-se que o Judiciário utiliza toda uma “arte” para negar a plena aplicação do Direito.

Na seqüência, ainda no Capítulo Segundo, resolvemos sistematizar a prática operativa de aplicar o Direito, denominando-a, propositadamente, de **interpretação segundo o interessado**.

A **interpretação segundo o interessado** explica que o Judiciário age em três níveis: o primeiro e o segundo conforme o porte político, social e econômico do interessado. Nesses níveis, o resultado da questão depende, em larga proporção, de quem está figurando nos pólos ativos e passivos. Por exemplo: dificilmente o Poder Executivo sai perdedor nas questões de grande importância submetidas ao Judiciário. No terceiro e último nível, o Poder Judiciário atua para purgar o mal que fez nos dois primeiros. Nesse terceiro nível, é o momento em que o Judiciário usa toda verve para expressar os mais “legítimos valores da ordem jurídica”, tanto para absolver, como para condenar, desde que haja um forte apelo emocional, grande repercussão na opinião pública, etc., tipo condenar uma seguradora, porque não quis pagar indenização a uma pobre e abandonada viúva.

Finalmente, nos subitens 2.6 e 2.7, tratamos do estudo dos princípios jurídicos, abordado no enfoque retórico e dogmático. No primeiro momento, os princípios jurídicos são vistos como modelos retóricos que servem como estratégias discursivas para fundamentar a decisão, notadamente quando o intérprete procura suprir lacunas ou realizar o Direito de maneira diferente da que está prevista em lei.

Hoje não se discute mais a importância dos princípios na solução dos conflitos para a realização do Direito. Ressalta-se, em nosso estudo, ter sido por conta dos princípios gerais da boa-fé e da equidade que se introduziu, no Direito brasileiro, a **teoria da imprevisão**.

Do ponto de vista dogmático, os princípios gerais de Direito são previstos para servir ao intérprete em caso de lacunas na Lei. A utilização de tais princípios tem sido crescente nas últimas décadas, ante o descompasso da Lei com a problemática social.

V - A VONTADE NA DIMENSÃO SOCIAL DO DIREITO

No Capítulo Terceiro, a nossa busca foi tentar encontrar quais as motivações que levam as pessoas a contratarem. Encontramos um elemento psicológico fundamental de larga e profunda repercussão no mundo jurídico: a **vontade**, como expressão e manifestação consciente ou inconsciente que repercute em todas as fases do contrato e à qual o Direito dedica uma especialíssima atenção.

Vontade, “uma espécie de casualidade dos seres vivos” (KANT, 1986, p. 93), um atributo inerente ao humano, que independe do reconhecimento normativo estatal e que viceja como exigência material e formal nas relações jurídicas contratuais. Como fenômeno jurídico, nesta época em que os contratos de adesão monopolizam, parece algo estranho se exercer plenamente a vontade de contratar.

A ligação da vontade com os fundamentos da **teoria da imprevisão** nos parece óbvia e incontestável. Não é sem motivo que das quatorze teorias revisionistas catalogadas, pelos menos sete são fincadas na vontade, e as demais não negam a sua importância. A busca

da **teoria da imprevisão** é resgatar o quadro situacional do começo que gerou a vontade dos contratantes em firmar o contrato. Em outras palavras, o acontecimento imprevisível só tem alguma importância porque a vontade dos contratantes era que a execução do contrato fosse de outra forma e não daquela que a força da superveniência impõe. Por romper esse fio condutor do negócio, que é a vontade, exsurge a **teoria da imprevisão**, como forma de restabelecer com a revisão ou extinguir com a resolução do contrato.

A temática sobre a teoria da vontade contratual, em todas suas dimensões, assume, para o profissional do Direito, uma magnânima importância. No momento em que se multiplicam os problemas em decorrência da modernização, outras formas e tipos vêm surgindo a exigir, de todos os operadores do Direito, melhor domínio sobre a matéria.

Se o contrato, como salienta (LÔBO 1995, p. 40), é um “fenômeno onipresente na vida de cada um, até mesmo quando se está dormindo, consomem-se bens ou serviços fornecidos em massa”. O operador do Direito, nesse contexto, deve estar mais vigilante para as possibilidades de manipulação que ocorrem por diversos meios atentatórios à livre manifestação dessa vontade.

E é sempre em volta de todas as movimentações sociais, econômicas e políticas que o Direito se moderniza e que, também, todos que estão ligados aos seus estudos devem se preocupar, principalmente quanto ao seu destino ético, para que não ocorra de perdermos o sentido do que é humano e justo.

Dentro dessa tarefa de edificar um Direito preocupado com a ética e o justo, certamente se insere a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, que se viu perdida e esquecida com o massacre do individualismo do século XIX e parte do século XX, ante a prevalência absoluta do antigo e consagrado preceito do Direito romano, traduzido pela máxima *pacta sunt servanda*.

Ressurge a cláusula *rebus*, ainda em meio a um positivismo jurídico no qual a vontade estaria restrita aos termos da declaração sem qualquer outra perquirição, para resgatar a vontade negocial, que é o seu componente interno, o conteúdo, que interessa do mesmo modo ao Direito.

A vontade, como requisito indispensável nas relações contratuais, vem prevista em inúmeros dispositivos do Código Civil, sempre com a mesma preocupação de preservar a intenção das partes no momento da realização do negócio, dando-lhe maior importância do que o sentido literal da linguagem.

Nesse retorno da cláusula *rebus* e da vontade negocial, surge toda uma legislação acolhedora das teses protecionistas aos hipossuficientes, sendo o maior arauto o Código de Defesa do Consumidor, prevendo a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (inc.V art. 6º).

VI – TEORIAS REVISIONISTAS: IDÊNTICOS EFEITOS PRÁTICOS

No Capítulo Quarto, tratamos das teorias revisionistas dos contratos em torno da cláusula *rebus sic stantibus* e de seus paradigmas retóricos.

No subitem 4.2, tentamos demonstrar que os paradigmas defendidos pelas teorias revisionistas resultam, na prática, no mesmo efeito da cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, o que, para a jurisprudência brasileira, nunca houve a necessidade de se reportar a tais teorias.

Talvez o fato de o Brasil ter adotado a teoria da imprevisão, quando já estava na terceira década do século XX e não era novidade nos países europeus que já consagravam

essa denominação, explique a razão da jurisprudência brasileira não se referir, em seus arestos, a outras teorias, mesmo aquelas consideradas clássicas, como a da **pressuposição** formulada por Windscheid; da **superveniência** de Osti; e da **base do negócio jurídico** de Oertmann, que Larenz retomou depois.

O que todas as teorias guardam entre si, atendem ao mesmo fim consagrado pela cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão: a possibilidade dos contratos serem revistos ou resolvidos, por ter ocorrido modificação, durante a execução do contrato, capaz de alterar as condições não previstas no momento de sua celebração.

VII – TEORIA DA IMPREVISÃO: A FÓRMULA RETÓRICA CONSAGRADA EM MATÉRIA DE REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS

Na há dúvida de que a **teoria da imprevisão** é um nome emblemático em matéria de revisão e resolução de contratos, pelo menos na jurisprudência brasileira. No item I desta Introdução, constatamos essa afirmação.

No Capítulo Quinto, subitem 5.1, tecemos referências históricas à cláusula *rebus sic stantibus*. Não procuramos fazer muitas digressões, porque iríamos repetir a mesma história que todos as obras sobre o assunto já abordam, sem que haja qualquer prova de que tais informações sejam verdadeiras: é o risco que se corre ao fazer citação de segunda mão. Por outro lado, entendemos que foge dos objetivos desta tese a histórica clássica, mais detalhada e analítica, da cláusula *rebus sic stantibus*.

Sobre noções em torno do significado da teoria da imprevisão e em que momento pode ser a mesma evocada, abordamos nos subitens 5.2 e 5.3.

Ressaltamos o Código Civil de 1916 no subitem 5.4, embora esteja o mesmo revogado, primeiro porque a história da jurisprudência brasileira não pode jamais desconhecer

a importância dessa monumental obra legislativa. Segundo, porque a admissibilidade da teoria da imprevisão, por esse processo de interpretação como ocorreu, deu-se em razão de esse mesmo Código não admitir diretamente a revisão ou a resolução dos contratos. De forma que não se trata de homenagear um Código revogado, apenas de reconhecer a sua importância na vida jurídica nacional nesses últimos 86 anos.

No subitem 5.5, chegamos ao novo Código Civil, apenas sem maiores comentários, haja vista os inúmeros comentários e referências que são feitos e que se encontram espalhadas por toda tese.

VIII - EVOLUÇÃO E ATUALIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Na história do Direito brasileiro, a **teoria da imprevisão** somente veio surgir no século XX, mais precisamente nos anos 30, motivado seu aparecimento pelos efeitos da Revolução ocorrida naquele ano. No plano internacional, deu-se em razão do primeiro conflito bélico mundial (1914/1918).

Os efeitos daquela guerra nos negócios privados não foram certamente mensurados, contudo é intuitivo afirmar que suas repercussões no campo jurídico foram profundas e imediatamente observáveis, em todos os continentes.

A guerra encontrou pronto todo um sistema jurídico voltado para garantir valores tipicamente individuais, capitalistas. Ao Estado não cabia qualquer ingerência, apenas assegurar o *status quo*. O Direito era aquele que se encontrava nos Códigos, e ao juiz era reservada apenas a competência de aplicá-lo sem qualquer outra interpretação que não fosse a “letra fria da lei”.

Em meio a todo o formalismo jurídico, imperava uma realidade a exigir mais flexibilidade na interpretação dos conceitos e das normas, além do que possibilitasse soluções

mais justas dos conflitos. Era preciso, a partir daí, ocorrerem mudanças que a ortodoxia do formalismo jurídico, engessada por sua própria lógica, não tinha condições de atender.

O Brasil, que não fez parte daquele conflito, contudo veio sentir os efeitos de uma alteração em nível nacional com a Revolução de 1930. Ainda assim, o Decreto nº 19.573 de 7 de janeiro de 1931, que reconhece a cláusula *rebus s.s.*, apenas premiou os funcionários públicos.⁵

É visível o papel que a retórica empresta ao Judiciário na oportunidade em que eclode uma guerra, uma revolução, pois tais alterações políticas, sociais, econômicas, jurídicas, são feitas quando vigente uma legislação promulgada em tempo de paz. Cabe ao intérprete e aplicador da lei saber balizar o emprego da mesma legislação considerando a situação do fato superveniente. Nesses momentos é que são vistas, com maior nitidez, as utilidades práticas da retórica na solução dos conflitos.

O Código Civil de 1916 sofreu toda a influência do pensamento liberal do século XIX, de sorte que não há dispositivo de caráter geral admitindo as hipóteses contempladas pela **teoria da imprevisão**. Algumas leis esparsas, contudo, surgiram tratando de matéria específica, como foi o Decreto 19.573 de 07 de janeiro de 1931, que tratou do funcionário público se tivesse que ser transferido.

O que não significa dizer que, no Brasil, não ocorresse caso a exigir aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Nossos tribunais nunca foram receptivos a enfoques jurídicos progressistas, daqueles que mexem na aparente tranqüilidade social, que revelam interpretação que contrarie o entendimento já tradicional de determinado dispositivo legal.

⁵O Decreto 19.573 de 07 de janeiro de 1931, em sua exposição de motivos, diz que estava “Attendendo a que essa concessão não attenta contra o Direito de propriedade, envolvendo apenas o reconhecimento de um verdadeiro caso de força maior, e obedece a um alto pensamento de equidade, que o Direito moderno acolhe, subordinando, cada vez mais, a exigibilidade de certas obrigações à regra-rebus **sic stantibus**”. Este Decreto dispõe no art. 1º que o funcionário público civil e militar pode rescindir antecipadamente a locação quando removido para servir em outra localidade.

A irretratabilidade dos contratos sempre foi vista como um dogma, e a cláusula *rebus* considerada subversiva. Contudo, o crepúsculo dessas idéias estava com dias contados para dar lugar a um sol que despontava a partir daquele ano marcado pela queda da República Velha, 1930.

Subsidiando-se dos princípios da boa-fé e da equidade, o juiz Hungria declarou em sua sentença, proferida em 1930, reconhecer a **teoria da imprevisão** (HUNGRIA *apud* FONSECA, 1943:298-299). Desse modo, inaugurava-se um novo tempo no Direito brasileiro, bem mais tarde do que nos tribunais europeus, porque também não tivemos uma guerra para apressar esse novo pensamento na jurisprudência.

Com o passar dos anos, decisões esparsas foram surgindo, algumas admitindo, outras, não. Aos poucos, a jurisprudência foi construindo seu próprio modo de admitir a **teoria da imprevisão**.

A partir da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, que disciplina as relações de consumo, a **teoria da imprevisão** foi introduzida, em caráter mais amplo, no Direito brasileiro. Desta feita, a lei passa a só exigir a **onerosidade excessiva**. Depois, surgiu a Lei das Licitações no campo dos contratos administrativos, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Certamente, o círculo legislativo completa-se com a vigência da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, vigente desde de 12 de janeiro do corrente ano.

Nossas atenções voltam-se, novamente, ao Poder Judiciário na parte final. Apresentamos vários temas e, sobre esses, algumas decisões: os planos econômicos (Cruzado I e II, Bresser, Collor I e II) que tumultuaram as relações contratuais, gerando inúmeros embates nas hostes judiciais, tendo sido a **teoria da imprevisão** o argumento central nas discussões.

Questões relativas à locação e à teoria da imprevisão são tradicionalmente ligadas, seja por conta de própria legislação – não esqueçamos que a primeira lei prevendo a

cláusula *rebus* trata de matéria locatícia – seja porque as locações se estendem no tempo, sujeitas às mutações econômicas e daí decorra a necessidade de revisão contratual. Os contratos de consumo, embora com uma legislação especial tratando da matéria, têm exigido o pronunciamento judicial garantindo a plena aplicação da cláusula exonerativa. Decisões acerca da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos com a administração pública, em razão de suas especificidades: concessão pública, descontinuidade do serviço, contrato de longa duração, etc. Enfim, outras decisões relativas à pensão alimentícia, casa própria, o caso da crise de energia e o caso Minas, um conjunto de decisões que são paradigmas a outras que se seguiram nessa construção inesgotável que é a jurisprudência, instrumentalizada com a retórica dos princípios gerais de Direito, em torno da **teoria da imprevisão**.

IX – ASPECTOS METODOLÓGICOS

Do ponto de vista de organização formal, adotamos as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas. A **NBR 10522:1988** sobre “abreviação na descrição bibliográfica”, a **NBR 6024:1989** “norma de numeração progressiva”. E as recentes, **NBR 6023:2002** que trata de “informação e documentação, referências e elaboração”, a **NBR 14724:2002** que regula sobre a “apresentação de trabalhos acadêmicos” e a **NBR 10520:2002** que dispõe sobre “citações em documentos, apresentação”. Procuramos nos aproximar o máximo do que esses textos da ABNT exigem, para tanto, contamos com o auxílio de algumas obras específicas (ADEODATO, 1997; ECO, 1998; GALLIANO, 1979; NAHUZ, 1993), além de consultas às normas para publicações da UNESP (1994); e das Normas de Apresentação Tabular (IBGE, 1993).

Não menos importante do que a pesquisa empírica, realizada nos processos arquivados que tramitaram na Justiça Federal em Pernambuco, foi a pesquisa bibliográfica,

sem a qual não poderíamos ter explorado um dos objetivos centrais da tese, demonstrar as decisões que introduziram a teoria da imprevisão no Direito brasileiro.

Lamentamos muito o fato de a Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife estar desfalcada de várias obras, por conta da incúria de alguns usuários que não devolveram os livros emprestados, mantendo-os em suas bibliotecas particulares como seus. Por conta da desonestidade dessas pessoas, sem que a Universidade tenha tomado providência, nossa pesquisa bibliográfica, em obras clássicas, antigas e já esgotadas há quase um século, sobre o tema da tese, não pôde ser plenamente realizada.

Efetivamente, não houve prejuízo à tese, porque o nosso propósito não era de aprofundar o estudo em torno da teoria da imprevisão em si mesma e, sim, relativo à sua admissibilidade e à metodologia usada para introduzi-la no Direito brasileiro.

CAPÍTULO PRIMEIRO

A LEI EM TESE E O DIREITO APLICADO

1.1 - OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

O tratamento que foi dado à **teoria da imprevisão** no Brasil merece ser visto a partir da análise de alguns métodos, senão todos, pelo menos os mais consagrados métodos de interpretação e aplicação do Direito, conseqüentemente da decisão judicial como obra final e acabada.

Há efetivamente uma distância abissal entre as teorias que tratam cientificamente a questão da interpretação e aplicação do Direito com o modo utilizado pelo Judiciário brasileiro na prestação jurisdicional, o que torna mais aparente a dicotomia: lei em tese e sua aplicação.

Tradicionalmente, pensa-se que o resultado da decisão judicial depende de como o magistrado maneja as diversas formas e recursos da hermenêutica. No caso do STF,

quando nega dar cumprimento à Constituição, tenta-se justificar com um discurso de que, em tal instância, não se enxerga o Direito e, sim, a política (= o interesse da nação).

A questão que se levanta é saber: Até onde se estendem os poderes do intérprete e aplicador da lei, quais os seus limites? Não há limite fixado, essa é uma de nossas preocupações. Estando a decisão revestida das “formalidades legais” (art. 458 do CPC)⁶ a prestação jurisdicional se tem como realizada. Quando se trata de decisão recorrível, o tribunal pode reparar os desacertos cometidos na instância de primeiro grau. Quando a competência para conhecer e julgar é de um só tribunal, como é caso do STF, por exemplo, naquelas situações que trata a alínea “a” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal: ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade (ADI e ADC), os poderes dessa Corte de interpretar e aplicar a lei são ilimitados, posto que, de seus arestos, não cabe mais recurso, é a palavra final. Daí porque as instâncias inferiores sentem quase como um dever acompanhar o entendimento do STF.

A atividade do julgador caracteriza-se pela discricionariedade. No primeiro momento, escolher, entre tantas opções que o ordenamento jurídico oferece, aquela que lhe pareça mais consentânea para por fim ao litígio; no momento seguinte, demonstrar o acerto de sua opção, utilizando, no discurso da decisão, uma retórica que atenda às suas intenções.

Ao intérprete e julgador não é dado cometer arbitrariedades, aplicar dispositivos legais sem pertinência com o caso concreto, agindo sob impulso ou pressão, por mero capricho e deixando-se influenciar por seus sentimentos e ideologias. Contudo esse é o

⁶O art. 458 do CPC diz dos requisitos formais da sentença. Atende-los não constitui sacrifício para o julgador, o que parece difícil é mesmo, como veremos, aplicar o Direito. O art. 458 do CPC dispõe: São requisitos essenciais da sentença: o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

quadro da realidade forense, senão do Brasil como um todo, pelo menos do Nordeste, onde convivemos há mais de 26 anos como advogado militante.

O papel que desempenha o juiz na solução do conflito, a partir da leitura do caso até a aplicação da Lei, quando se tratar de litígio entre particulares, interessa diretamente às partes e indiretamente ao Estado, como promotor da harmonia social. No plano meramente jurídico, a decisão cria precedente de possível utilização em situações análogas. A interpretação é ato que o magistrado deve praticar individualmente, porém, mediante consulta a um saber jurídico inesgotável e preexistente.

É certo que todo Direito a ser aplicado exige interpretação, e, a depender do intérprete, ocorre de casos idênticos terem soluções distintas. Na interpretação, há uma confluência de vários fatores que refletem o modelo da decisão tomada e explicam por que as soluções são diferentes e, por vezes díspares, mesmo em se tratando de casos semelhantes. A cultura jurídica do magistrado, por exemplo, pode modificar o campo de visão do caso e da norma. Amplia ou diminui as possibilidades de a decisão ser satisfatória, para mais ou para menos. Influencia o modo de escolher a alternativa, dentre várias existentes no ordenamento jurídico.

Embora o natural seja não se exigir do julgador como deva interpretar, a expectativa é de que proceda com equilíbrio e justiça, sem qualquer interferência ou influência externa que possa alterar a igualdade processual.

Em sentido amplo, ao interpretar e aplicar a solução ao caso concreto, o juiz está criando o Direito. A liberdade de criação que lhe é concedida não ultrapassa, contudo, os limites impostos pela ordem jurídica em que o mesmo está inserido e da qual dependem as partes para pôr fim ao imbróglio.

Assim, no sentido de ter alguma originalidade, o que se pode chamar de criação é nada mais do que aquela opção eleita, solucionadora do conflito. É como se

imaginar num jogo de xadrez: as jogadas são criadas pelos participantes, contudo as peças e as regras já existem. O momento do “xeque-mate” pode ser resultado de uma jogada inovadora ou inédita, no entanto, nada estará além do que as regras do jogo estabelecem: o “xeque” foi dado porque aquele tipo de jogada é permitido, está dentro das possibilidades do jogo, embora antes não tivesse sido apresentada. A criação do juiz concretiza-se no momento em que é dada a solução (=decisão) encontrada no grande acervo de possibilidades contidas no ordenamento jurídico para pôr fim ao litígio.

Se acaso o juiz pudesse criar o Direito sem qualquer limite ou restrição, poderia então julgar indiscriminadamente *contra legem*, sem qualquer obediência à lei, o que parece factível nas hostes do STF (conforme veremos nos exemplos mencionados no subitem 2.3 do Capítulo Segundo). Quanto às instâncias inferiores, parece-nos impossível que essa atitude de decidir, em desacordo com a lei, possa ocorrer sem o *ad referendum* das instâncias de segundo e terceiro graus.

Os interesses em litígios, anuncia Perelman, não comportam soluções que não estejam previstas no mesmo sistema jurídico em que o “juiz deve aplicar quando diz o Direito”:

É por essa razão que o existencialismo Judiciário e a livre apreciação das situações concretas por parte do juiz são teorias inadmissíveis em um sistema de Direito que dá valor à segurança jurídica e procura reduzir, na medida do possível, a arbitrariedade das decisões de justiça. (1998, p.117).

Fica, realmente, complicado conciliar um sistema radicalmente apegado à segurança jurídica com a metodologia que admite o intérprete e aplicador da Lei dar um enfoque mais flexível, menos dogmático na interpretação do texto legal diante do caso concreto. São casos limites, opostos. Porquanto, entre a Escola exegética e as pregações de Kantorowicz, na falta ainda de uma melhor solução, é preferível a teoria da argumentação

perelmaniana, que entende a sentença judicial como uma peça retórica que conquista auditórios (as partes e a opinião pública) sem atropelar o Direito.

Ferrara, equilibra o papel do juiz, ressaltando:

Resumindo, pois, o juiz pode aplicar princípios da lei a casos *novos*, dar a princípios da lei um sentido *novo*, desde que não vá de encontro a outras normas.

Até aqui pode chegar a obra do intérprete. Mas desviar-se conscientemente da lei, querer reformá-la ou inová-la por pretendidas exigências de interesses, é atraiçoar a função do magistrado. O juiz deve ficar pago com a sua nobre missão, e não ir mais longe, passando a usurpar os domínios do legislador.

Os dois poderes estão divididos, e assim devem estar. (1987, p. 173).

São questões já bem exploradas na doutrina que dizem respeito à interpretação e à aplicação do Direito. A interpretação é inerente à atividade jurisdicional, dela não há como o julgador se abster. De que forma o julgador irá manejar os diversos métodos e técnicas para chegar a uma conclusão que lhe pareça satisfatória é uma preocupação ligada aos domínios do jurídico que irá resultar em ato decisório final, momento em que põe fim à prestação jurisdicional.

1.2 - A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DECISÃO

O estudo da interpretação jurídica está ligado à evolução, aplicação e realização do Direito. A interpretação é um ato necessário que ocorre antes de uma tomada de decisão, tendo ambas expressões o mesmo sentido no contexto judiciário.

Na expressão de Saldanha (1998, p. 189) “[...] o pensamento humano é hermenêutico.” Distinguindo os vocábulos “hermenêutica” e “interpretação”, aponta que “Hermenêutica parece algo mais próximo do âmbito teórico (dir-se-ia do ‘científico’); interpretação beira antes um sentido de processo, algo como uma atividade.” (1998, p. 195).

Tornou-se comum, nos estudos propedêuticos sobre interpretação, adotar, como ponto de partida, a definição elementar de Maximiliano:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. (1994, p. 9).

O primeiro estudo sistemático sobre hermenêutica vem de Aristóteles, com a obra: *Peri Hermeneias*, desconhecida durante séculos (SALDANHA, 1998, p. 190).

Dando um salto na História, raciocina Ferraz,

[...] a consciência de uma teoria jurídica como teoria hermenêutica é relativamente recente. Ocorreu no século XIX, onde a interpretação deixou de ser uma questão meramente técnica da atividade do jurista para ser objeto de reflexão, visando à constituição de uma teoria. (1980, p. 68- 69).

Pelo que temos visto, parece impraticável pensar em aplicação do Direito com exclusão da atividade de interpretação. Ainda que se pense numa decisão automatizada, antecederia, a esse momento decisório, uma interpretação, por mínima que fosse, desde que essa decisão tivesse que ser tomada por uma pessoa humana. Ainda que se falasse em decisão computadorizada, pelo atual estágio da tecnologia o computador precisaria ter um modelo de interpretação que, certamente, retrataria o pensamento do programador.

Ferrara diz que o texto da lei é “a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual”. O texto não passaria de um “complexo de palavras escritas.”

A lei, porém, não se identifica como a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a *letra* da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e procura-se a intenção legislativa. Relevante é o elemento espiritual, a *voluntas legis*, embora deduzida através das palavras do legislador.

Entender uma lei, portanto, não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; é indagar com profundidade o pensamento legislativo, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis: *scire leges non hoc est verba carum tenere, sed vim ac potestatem* (17, dib. 1, 3). (1987, p. 127-128).

A atividade interpretativa do jurista – numa visão da doutrina tradicional – cuida de analisar determinado dispositivo, instrumentalizado com as diversas e difundidas fórmulas hermenêuticas. Essa visão de ser conforme os ditames de uma determinada Escola está superada, porque a interpretação que busca a realização do Direito tem que levar em consideração fatores que variam no tempo e no espaço para se adaptar a realidade presente. As Escolas apresentam fórmulas e métodos que se transformam, quase sempre, em modelos inflexíveis, incompatíveis com o Direito numa sociedade constantemente em mudança.

A interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições (Zagrebelsky 1990/68 e ss.; Grau 1995/5-7). Por isso as normas resultam da interpretação. O intérprete dotado de poder suficiente para assim criar as normas é o ‘intérprete autêntico’, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen (1979/469 e ss.) – isto é, fundamentalmente, o juiz (GRAU, 2000, p. 32).

Defende Grau (2000, p.35) ser o ato de interpretar um ato de prudência: “o intérprete autêntico, ao produzir normas jurídicas, pratica a *juris prudência* e não uma *juris scientia*. O intérprete autêntico, então, atua segundo a *lógica da preferência*, e não conforme a *lógica da consequência*.”

Interpretação autêntica, para Kelsen, é aquela que é feita pelo órgão aplicador do Direito (1984, p. 70). No caso do Direito brasileiro, o Poder Judiciário e a autoridade administrativa é que estão incumbidos de interpretar a lei.

É na passagem da interpretação do texto contido na lei para a aplicação, no caso concreto, que se aprofundam os estudos e as divergências visando à realização do Direito.

Escolas diametralmente opostas já se lançaram, buscando cada uma convencer do acerto de seus postulados, embora haja, sempre, a que predomina, em certa época. Tradicionalmente, costuma-se distinguir duas grandes correntes: a subjetivista, que procura encontrar o sentido da lei descobrindo a intenção do legislador (*mens legislatoris*); e, a objetivista, que toma em consideração a *mens legis* – a vontade da lei. Não apontaríamos, nessa larga classificação, a corrente retórica, argumentativa e construtivista.

O método exegético – procedente da corrente subjetivista – tão em voga a partir do século XIX, até hoje goza de prestígio, surgido como Escola de Exegese, por inspiração que trouxe o discurso de Blondeau, na Academia de Ciências Morais e Políticas em 1841. Relata Màynez (1985, p. 333), teria dito Blondeau: “[...] as decisões judiciais devem fundar-se exclusivamente na lei.” Devendo ser desconhecidas “as falsas fontes de decisão, com as quais se pretende substituir a vontade do legislador [...]” Chegando ao extremo de sustentar:

[...] se o juiz se encontrar ante leis contraditórias, que tornem impossível descobrir a vontade do legislador, deve abster-se de julgar, considerar tais preceitos como inexistentes e rechaçar a demanda. (1985, p. 333).

A influência do radicalismo dos exegéticos foi tão expressiva que os Códigos promulgados na época continham regras proibitivas expressas contra a interpretação judicial dos seus artigos. Tal herança ainda se observa na prática forense.

Embora seja criticada com tanta veemência, a Exegese tem lá suas razões históricas e políticas. Se ela peca pela proibição radical de não permitir interpretação que altere a pseudo “vontade do legislador”, do outro, devemos ponderar que, conceder a um juiz

a prerrogativa de modificar, alterar e desconhecer o que a lei diz expressamente é encher-lhe de um superpoder acima do bem e do mal, é violar o princípio da separação dos poderes e uma temeridade ao Direito e à democracia.

Na Escola do Direito Livre, que representa uma reação contra a Escola de Exegese, o juiz passa a ser dotado de todo poder de criação do Direito.

[...] é de se esclarecer que a escola do Direito livre veio a ocupar, no cenário jurídico, uma posição estremada contrária ao positivismo normativista e ao formalismo jurídico. [...] Com este método se começa a atribuir a atividade produtora da regulação jurídica à iniciativa, intuição, experiência do órgão judicial, aparecendo paralelamente, como secundária, a vontade legislativa, o sentido textual da lei e a atividade construtiva da ciência e doutrinas jurídicas. (GARCIA, 1996, p. 72).

Pelo método histórico-evolutivo, também conhecido como progressista, objetivista atualista, ou evolutivo, a lei deve acompanhar as transformações sociais, adequando-se à nova realidade e contingências. O elemento histórico serve para melhor explicar o sentido da norma atual.

[...] os elementos históricos têm, assim, apenas uma função auxiliar. O sentido antigo e o atual se interpenetram: é o objetivismo atualista. A principal característica desse método é a adaptação do direito aos novos tempos. (GARCIA, 1996, p. 76).

Com efeito, a linha objetivista em muito suplantou a subjetivista, de sorte que, na atualidade, prevalece a *mens legis* ou *voluntas legis*, em oposição a *mens legislatoris* ou *voluntas legislatoris*. Contudo, cumpre lembrar que a interpretação não se esgota em um único método, é de sua característica a pluralidade, em busca de atender uma melhor realização do Direito, ou como prefere dizer Grau:

Pois a interpretação é *convencional*. Não possuindo realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexiste uma interpretação objetivamente verdadeira. (2000, p. 34).

A atividade de interpretar vai muito além do que mesmo entende Màyez (1985, p. 325), ao dizer que “interpretar es desentrañar el sentido de una expresión”, interpretar é enfrentar desafios, superar interesses e vaidades.

Outros tantos métodos surgiram, diferenciando-se um dos outros, na maneira de abordar o Direito, no papel do intérprete e aplicador da lei. Mantida essa controvérsia, contudo sem enfrentamento quanto ao processo silogístico ou de subsunção *versus* casuísmo, em que a premissa maior é a norma geral, a premissa menor, o caso concreto e a conclusão, a sentença.

Nesse contexto, “diversos autores procuraram um terceiro caminho, não tão simples quanto a postura da *École de l’Exégèse*, mas também sem tornar a interpretação incontrolável, ao bel-prazer do operador jurídico.”

Atualmente discutem-se outros métodos de interpretação e aplicação do Direito. Dando a essa problemática outro enfoque, defendem-se outras teses, entre as quais a de que “a norma é produzida por um processo complexo que vai muito além daquilo que está no texto da Constituição e das leis em geral.” (ADEODATO, 2002, p.227).

A metódica estruturante do Direito, correspondente à concretização normativa sobretudo constitucional desenvolvida por Friedrich Müller, representa um avanço no pensamento jurídico contemporâneo em matéria de realização do Direito.

Para a metódica estruturante do Direito, o resultado da interpretação de uma norma torna-se conteúdo daquela norma. A decisão cria a norma, porquanto não há norma geral prévia, é uma ficção, apenas o seu texto é que existe:

A tese de Müller é que o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação, seja mais seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica. Quer dizer, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e

abstrata, ou seja, a norma **geral** não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção. (ADEODATO, 2002, p. 239).

Na visão de Müller, a norma só passa a existir após a decisão do caso concreto, isto é, o caso é que produz a norma, antes tudo são textos, nada mais do que palavras, a norma passa a existir após ser produzida pelo caso concreto.

Nessa tarefa, insiste que concretização não significa silogismo, subsunção, efetivação, aplicação ou individualização concreta do Direito a partir da norma geral. Esses critérios, puramente cognitivos e lógicos, sem exigências de responsabilidade e fundamentação, constituem herança equivocada do positivismo legalista exegético. Só na concretização, ao ser decidido o caso, é **produzida** a norma. (ADEODATO, 2002, p. 240).

Na busca pela concretização da norma, Müller não afasta os procedimentos tradicionais, como a interpretação, apenas reduz ao alcance que a hermenêutica lhe empresta.

Mas, como a norma jurídica é mais do que o texto, a concretização vai muito além da interpretação. Os pontos de vista interpretativos comuns (gramáticos, sistemáticos, genéticos), primariamente fundamentados na linguagem, fornecem os 'dados lingüísticos' (*SPRACHDATEN*); os elementos naturais e sociais, que não são primariamente formados pela linguagem, embora sejam secundários mas necessariamente intermediados por ela, fornecem os 'dados reais' (*REALDATEN*) da concretização, os quais constituirão sucessivamente os elementos do âmbito do caso e do âmbito da norma. Esses são os dados pré-jurídicos, 'brutos' por assim dizer, formando o contexto antes do início da concretização. A metódica estruturante procura conectar tais dados, de forma juridicamente 'regular', ao processo decisório, evitando a forma arbitrária ou 'puramente pragmática' dos decisionistas. (ADEODATO, 2002, p. 240-241).

Toda essa engenharia adotada pela metódica estruturante não parece apontar solução, nem esclarecer alguns pontos que estão na raiz do problema da realização do Direito: a inevitabilidade do subjetivismo das decisões. No caso brasileiro: como tornar a sentença livre de infinitas e indeterminadas injunções políticas, econômicas, sociais, profissionais, pessoais e familiares ?

As formulações teóricas de Müller podem traduzir melhor sendo aplicadas no ordenamento jurídico alemão, porquanto a própria cultura do seu povo não permite as práticas

judiciárias que ocorrem em países periféricos como o Brasil, onde certos costumes, no mínimo pouco éticos, já se encontram incorporados à atividade forense.

Entende Adeodato (2002, p. 252), que “Müller é útil a uma doutrina jurídica brasileira, pois sua teoria parece mais adaptável a explicar essa realidade do que a maioria das teorias universalistas que aqui se têm difundido.”

O Judiciário brasileiro é arredo a métodos e fórmulas. Não há uma lógica estabelecida de como proceder, porque seria inútil, de sorte que tal desorganização resulta numa incerta prestação jurisdicional.

Quanto ao momento da **concretização da norma**, há uma certa plausibilidade na tese de Müller no que toca a questão de a norma geral não ser prévia, somente o seu texto, dito de outra forma (retórica): a norma geral serve de fachada para legitimar o discurso jurídico da decisão.

Observado de outra maneira, é no mínimo polêmico afirmar que há texto sem norma, quando ambos são atributos que formam uma só unidade inseparável, “sem um texto enunciador não há normatividade”. Subtrair o caráter de previedade da norma geral é uma falha do sistema jurídico que permite que assim aconteça, não é um defeito da norma (ou do seu texto).

Não se pode levar a importância do momento hermenêutico até o ponto de considerar (como alguns tendem a fazer) que a norma não existe senão a partir do instante em que é aplicada; ou em que o aplicador a seleciona para a ela vincular a decisão. A norma existe antes da hermenêutica (outra coisa será dizer-se que sua elaboração envolveu uma hermenêutica). Ela, como norma, não resulta da hermenêutica. Mesmo distinguindo entre a lei como expressão formal e a “norma” como seu conteúdo, não se pode negar que esta se encontra dentro da vigência daquela. (SALDANHA, 1998: 199)⁷.

⁷Saldanha entende que deve apenas se distinguir norma e texto; além dessa mera distinção é impossível haver normatividade sem um texto enunciador. “Portanto as duas coisas não se separam, nem cabe aderir à idéia (por assim dizer romântica) de que os conteúdos e as significações não estão no texto da norma, como faz Friedrich Müller.” (1998, p. 207).

A metódica estruturante de Müller não encerra a busca por uma solução definitiva relacionada com a questão da aplicação do Direito. Essa busca não cessará enquanto não aparecer um método que atenda satisfatoriamente a todos jurisdicionados. E, para que isso ocorra, é preciso que os juristas levem em consideração o elemento humano encarregado de aplicar suas teses. Porque não adianta querer que algo funcione se os seus operadores não estiverem preparados para pôr em funcionamento.

A proposta de Müller é inquietante, a partir do momento em que nega a participação da norma geral no processo decisório de interpretação, e mais, quando reduz o papel da lei a meros textos, sem o valor jurídico que tradicionalmente se empresta à obra do Legislativo.

1.4 – A DECISÃO PELA ARGUMENTAÇÃO

Na proposta da teoria da argumentação, a interpretação e aplicação de Direito conduz à utilização de técnicas argumentativas para que as decisões sejam aceitas. Na visão de Perelman, “as decisões de justiça, devem satisfazer três auditórios diferentes, de um lado as partes em litígio, a seguir, os profissionais do direito e, por fim, a opinião pública, que se manifestará pela imprensa e pelas reações legislativas às decisões dos tribunais.” (1998, p. 238).

Perelman, a partir da definição de retórica que é dada por Aristóteles, acrescenta “que seu objeto é o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento.” (1998, p. 141). Essa definição, contudo, só satisfaria se fosse completada por quatro observações que “permitirão precisar-lhe o alcance”:

Expressamente, Perelman afirma que “a noção de auditório é central na retórica.” (1998, p. 143).

A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público, dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialética, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário, numa controvérsia. Englobará, portanto, todo o campo da argumentação, complementar da demonstração, da prova pela inferência estudada pela lógica formal. (1998, p. 144).

Para essa teoria, a argumentação não objetiva obter adesão por ser verdadeira a tese, não seria essa uma preocupação. Ao invés de uma argumentação verdadeira, pode-se preferir uma outra “por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais razoável, mais bem adaptada à situação. Em certos casos, e verdade que excepcionais, conceder-se-á preferência a outros valores que não a verdade.” (PERELMAN, 1998, p. 157).

O que pretende a teoria de Perelman, através de técnicas argumentativas, é obter o maior número possível de adesão, quiçá a unanimidade!

Admite Perelman, também, que o Direito está nas mãos do intérprete e aplicador da lei, inclusive alertando para o perigo a que todos estamos sujeitos, sendo possível acontecer, como de fato ocorreu na Rússia stalinista:

[...] quando os tribunais não querem aplicar um texto legal, porque este conduziria, no caso particular, a uma solução totalmente inaceitável, e quando não tem condições de encontrar uma interpretação da lei que permitisse conciliá-la com a equidade, acontece-lhes recorrer, em última instância, à *ficção* jurisprudencial (1998, p. 195).

.....
 Não devemos esquecer que a ficção judiciária, isto é, a falsa qualificação dos fatos, pode efetivamente ser utilizada não por preocupação com a equidade, mas para perseguir adversários políticos, e até, como aconteceu na Rússia stalinista, para enviar milhões de inocentes aos trabalhos forçados, condenando-os, em virtude das disposições legais, por crimes imaginários (1998, p. 199).

O juiz, na teoria perelmaniana, diz o Direito, não o cria “embora freqüentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível.” (1998, p. 209). Noutra parte, sustenta que “Nunca se deve perder de vista que o juiz, ao redigir uma sentença, não tem de exprimir uma opinião estritamente pessoal.”

Se sua íntima convicção lhe permite considerar como estabelecidos os fatos, estando conforme “as prescrições da lei o procedimento concernente aos meios de prova – mais ainda, é necessário que essa convicção não pareça ser desarrazoada -, a qualificação dos fatos e as conseqüências jurídicas que deles extrai devem corresponder a uma opinião comum, de fato ou de Direito. É necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme ao Direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados. É para fazer que o tribunal admita que a tese por ele defendida corresponde melhor a essas diversas exigências que deve tender a argumentação de cada uma das partes (1998, p. 220).

A expectativa de Perelman é em deixar as partes e a opinião pública satisfeitas com as decisões, mesmo os vencidos. Para que tudo isso ocorra, a sentença vai precisar de uma boa argumentação. Através da palavra, da argumentação, conquista-se, senão o bem de todos os envolvidos, pelo menos a adesão (1998, p. 216).

O juiz pode ter suas preferências pessoais, desde que na decisão não deixe transparecer, porque sua decisão precisa ser aceita “por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la.” (PERELMAN, 1998, p. 222). O juiz, nessa perspectiva, seria reconhecidamente um sujeito parcial, um conquistador de simpatias.

Entende Perelman que é impossível em uma sociedade democrática “manter a visão positivista do Direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o Direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação.” (1998, p. 241).

Nada impede que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas tal forma não garante, de modo algum, o valor da conclusão. Se esta é socialmente inaceitável, é porque as premissas foram aceitas levianamente: não devemos esquecer que todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeções. (PERELMAN, 1998, p. 242).

A teoria da argumentação valoriza mais o papel da argumentação na decisão judicial do que mesmo as fontes do Direito, quando deveria ser apenas um instrumento desse vasto e complexo processo de interpretação e aplicação da lei.

Uma sentença judicial não deve ter a preocupação de agradar para ganhar aplausos e adesões. A sentença deve mirar o Direito, sem conotação de ser agradável.

1.5 – RETÓRICA: O ENTIMEMA E A DECISÃO

Recursos da retórica são utilizados para fundamentar as decisões judiciais, sejam para introduzir entendimentos contrários aos textos das leis, sejam para atender conveniências e interesses.

Como início dessa exposição, convém dizer que a retórica da qual tratamos parte dos ensinamentos de Aristóteles relativo à *Arte Retórica*.

E, dentro da retórica, a parte mais identificada com os nossos estudos é a que trata do **entimema** e dos **tópicos**, ou **lugares-comuns** e os **particulares** do Direito. É, pois, a partir dos papéis que o entimema como silogismo, e os lugares-comuns como premissas, desempenham na teoria retórica, que procuraremos demonstrar como foi recepcionada a teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira.

Para Aristóteles, o entimema é uma espécie de silogismo (s/d, p. 30).

O entimema é um silogismo incompleto, curto, porque uma das premissas está subentendida, por ser óbvia, não é necessário pronunciá-la:

“Por exemplo, para exprimir que Dorieu triunfou num concurso, cujo prêmio é a coroa, bastará dizer que saiu vencedor em Olímpia. Quanto a acrescentar que, em Olímpia, o vencedor recebe uma coroa, é inútil, porque toda a gente o sabe” (ARISTÓTELES, s/d, p. 35).

Em análise sobre o assunto, Adeodato resume:

Quanto aos meios discursivos **retóricos** de persuasão, Aristóteles faz analogia com os métodos empregados pela ciência e pela dialética, encontrando também a indução (*epagogé*) e a dedução (*sylogismós*). Os meios retóricos correspondentes, assim, são o **paradigma** (indutivo, chamado de ‘indução retórica’) e o **entimema** (dedutivo, chamado de ‘silogismo retórico’). (2002, p. 271).

A opção de manter em silêncio uma das partes do silogismo constitui uma estratégia persuasiva e não um defeito.

Adeodato apresenta uma classificação tópica dos entimemas em três grupos distintos. O primeiro grupo estariam os entimemas com base no provável, no que pode acontecer, teria como base a verossimilhança. No segundo grupo estariam os entimemas paradigmáticos que buscam no exemplo sua maior força persuasiva. “Esses exemplos somam-se a outros pela semelhança e daí, através de indução, chega-se à norma geral conclusiva.” No terceiro grupo o entimema tem como base sinais e indícios, haveria nesse grupo uma classificação quanto ao fato do sinal constituir ou não um indício daquilo que é afirmado e quanto ao fato de o sinal em questão “constituir um “índice particular que leva a um objeto geral ou um índice geral que revela um objeto particularizado.” (2002, p. 271-273).

Quanto aos **lugares-comuns**, ou tópicos, são opiniões aceitas que servem para fundamentar os entimemas. Para Aristóteles “Os lugares-comuns aplicam-se indistintamente às questões de Direito, de Física, de Política e a

muitas outras matérias de espécie diferente; tal, por exemplo, o lugar do mais e do menos; deles podemos tirar tanto um silogismo como um entimema sobre questões de Direito, de Física ou sobre qualquer outro assunto, embora tais matérias sejam de espécies diferentes.” (s/d, p. 37).

Aristóteles explica que cada matéria tem seu *topoi* particular, assim haveria o lugar-comum específico, próprio do Direito. “A maior parte dos entimemas é tomada das espécies próprias e particulares, sendo um número muito menor os que provêm de lugares-comuns.” (s/d, p. 37).

São verdadeiramente opiniões aceitas, admitidas como axiomas. Por meio desses lugares-comuns, *topos*, os entimemas são construídos. Assim, por exemplo: estamos obrigados a cumprir o contrato desde que as circunstâncias permaneçam as mesmas. Obviamente se deduz que, se as circunstâncias não permanecerem as mesmas, não se estará obrigado a cumprir o contrato.

Aristóteles faz uma relação desses lugares-comuns que fundamentam o entimema,

[...]sejam reais ou aparentes: o emprego de oposições e equivalência de termos (antônimos e sinônimos), a comparação, diferenças de grau, experiências anteriores, polissemias, ambigüidades, juízos de valor generalizados. Ele enumera vinte e oito desses pontos de vista, fornecendo exemplos de *topoi* construindo entimemas. (ADEODATO, 2002, p. 269).

A relação dos *topos* que Aristóteles menciona não tem a pretensão de esgotar, porquanto são infindáveis, as possibilidades de surgirem novos *topos* a produzirem novos entimemas.

Não há uma quantificação, contudo é intuitivo dizer que, das demais matérias, o Direito é certamente a mais abundante em *topos*. Sem qualquer intenção de verificar a

verdade dessa afirmação, o que se constata é que existem muitos escritos publicados, relacionando expressões marcadas como axiomas jurídicos, aceitos como verdades, e que têm utilidade, cotidianamente, na atividade forense.

A decisão judicial pode estar ordinariamente enquadrada nessa metodologia retórica que, apesar de não ambicionar grandes vãos filosóficos, dá um sentido prático e de fácil compreensão às soluções das questões, porque partem de silogismos cujas premissas são opiniões aceitas como axiomas por todos os envolvidos.

A teoria da imprevisão, como veremos no subitem seguinte, 1.6, foi admitida no Direito brasileiro porque a metodologia retórica possibilitou a construção de um argumento que tornou jurídica uma decisão mais próxima da idéia do justo, porém contrária a toda prática jurisprudencial da época, e sem dispositivos legais que a admitisse como regra geral.

Situando a decisão judicial como resultado de padrões retóricos, Sobota adota o conceito de **regularidades**, como “padrões”, diferentemente de “estruturas” ou “regras”, “[...] construídos por um observador dentro do próprio sistema.” (1995, p. 254).

Acho que o processo decisório jurídico não é governado por normas universais mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram frequentemente articulados como regras mas são, de fato, apenas “regularidades”.

Neste sentido, quem quer que se disponha a descobrir os padrões básicos da comunicação normativa deve examinar a retórica dos juízes e advogados, ao invés da engenharia social de nossos dias ou dos estudos dialéticos dos lógicos (1995, p. 255).

Essas **regularidades** não teriam a pretensão de ser de caráter geral e permanente, embora possam assim parecer; contudo, são flexíveis na medida em que podem se amoldar a cada caso e situação. “Para melhor entender esses padrões retóricos pode ser útil analisar a **forma interna** de tipos específicos do discurso jurídico como os atos admitidos no direito processual alemão”.

Em contraste com interpretações judiciais, a análise retórica concebe o texto legal como uma **técnica concreta** usada por determinada pessoa em uma situação específica. A **situação** é vista como um sistema aberto que é constituído por várias influências, sejam sociais, econômicas, culturais ou biológicas. A **forma interna** do discurso é vista como uma regularidade flexível e não como um estrutura permanente. O **método** para identificar padrões retóricos é mais uma combinação imperfeita, porém consciente, de elementos científicos (ponto de vista externo) com traços da hermenêutica tradicional (ponto de vista interno). (SOBOTA, 1995: 255-256).

Sobota sente o **silogismo** como uma forma retórica de muita força persuasiva, “não seria um método de decisão, mas um **estilo de apresentação** da decisão legal.” (1995, p. 258).

A decisão judicial, em sistemas jurídicos como o adotado no Brasil, “extensivamente codificado”, um “bom juiz” “nunca se permite citar a maioria das premissas maiores dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão.” Diferentemente ocorreria em sistemas de menor complexidade, aí o juiz “explicita uma ou duas premissas dentre as dez, vinte ou cinquenta a que está aludindo.” (Sobota, 1995, p. 258).

No pensamento de Sobota, a premissa não é mencionada porque é **auto-evidente**, é subentendida. Seria o mesmo que se diz do entimema na linguagem de Aristóteles. Os juizes não mencionam as normas porque é “embaraçoso e disfuncional verbalizar as premissas alegadas.” (1995, p. 262).

Em síntese, as idéias de Sobota procuram demonstrar que as decisões judiciais são **regularidades**, isto é, padrões retóricos que aparentam confiabilidade, universalidade e perenidade do discurso judicial, sendo, contudo, somente meras aparências, posto que, na verdade, sofrem modificações, são localizadas e pessoais. Dependeriam do juiz e do sistema em que convive, a construção e aplicação dessas regularidades.

1.6 - ENTIMEMA, TOPOS E TEORIA DA IMPREVISÃO

Para exposição desse subitem, recorremos a um caso prático, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Recurso Especial nº 45.492-1 RS, em que foi relator o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. A parte recorrente pretendia que o reajuste de aluguel ocorresse de acordo com o art. 49, §§ 4º e 5º da Lei nº 6.649/79.

Dispõe o citado art. 49 que, **no silêncio do contrato, o aluguel será reajustável anualmente**. E, o § 4º estabelece:

Não tendo havido acordo nos termos do parágrafo antecedente, o locador, após cinco anos de vigência do contrato, poderá pedir a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado, aplicando-se o disposto nos §§ 2º e 3º, do art. 53.

Acrescenta o § 5º

A revisão judicial poderá ser requerida de cinco em cinco anos, contados de acordo, ou, na falta deste, do início do contrato.

Em seu voto, o Ministro-Relator debela a eficácia daqueles dispositivos: art. 49 e §§ 4º e 5º, argumentando:

.....
 O discurso judiciário não deve ser mera projeção do trabalho legislativo. O Juiz não é autômato, aplicador de labor posto por outrem. O magistrado, antes de tudo, porque diante de dois fenômenos – lei e fato social – deve ser o crítico da lei e do fato social. Não pode olvidar, ademais, que a norma jurídica não se reduz a mero esquema lógico-formal. Há uma realidade sócio-cultural, que é a matéria, o conteúdo a ser considerado. Coloca-se, então, a problemática – Direito/Justiça. A lei será o fim em si mesma, ou, ao contrário, trânsito para realizar algum valor? Coloco-me, ideologicamente, entre os pensadores que têm o Direito como trânsito, esquema historicamente provisório para a realização de valores. E como esquema histórico, o Direito não é absoluto. Cessa sua eficácia no instante em que a norma evidenciar inadequação, constituir obstáculo para realizar o valor eleito.

A insatisfação com a lei absoluta sempre resultou por ocasião das grandes transformações sociais. Em Roma, o trabalho dos pretores, preocupados com o justo em detrimento do formal, consagrou a cláusula *rebus sic stantibus*.

.....
 O esquema legal estabelecendo prazos determinados para rever o preço de locação, no contexto econômico brasileiro, de economia em diária e permanente instabilidade, é lógico, por ser rígido, entre em conflito com a situação fática. Em termos de teoria geral da norma jurídica, a – causa – resultou afetada. Conseqüentemente, repercute no conteúdo da relação mesma. O reajuste do valor locatício, então, deve orientar-se pelo fim último do Direito – evitar a injustiça.

Não é justo o inquilino pagar menos do valor real, notadamente, passado significativo tempo do último reajuste do aluguel.

.....
O julgado evidencia que a reverência eclesiástica à literalidade da lei conduz, no caso concreto, a enriquecimento ilícito do Recorrente.

No relatório, o Ministro realça que “o recorrente alega que tal entendimento contraria as disposições das leis nºs 6.649/79 e 8.245/91, além de divergir de julgados do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada Cível de São Paulo e do Tribunal de Justiça do D. F.”

O recorrente (que era o locatário) foi derrotado. Por unanimidade, a Sexta Turma do STJ decidiu por não conhecer do recurso, nos termos do voto do Ministro-Relator.

O que significa dizer que a parte vencedora, o dono do imóvel, pôde aumentar os aluguéis antes do prazo previsto no contrato e na lei. Ou seja, os dispositivos da Lei 6649/79, acima transcritos, tornaram-se letra morta, para o caso vertente, a decisão contrariou totalmente a lei.

Com base no texto transcrito do voto do Ministro Relator, podemos, começar fazendo as seguintes ponderações: a) a legislação inquilinária tem caráter social, portando visa à parte hipossuficiente da relação, no caso o inquilino, a parte derrotada pelo acórdão; b) a questão da inflação atinge muito mais os menos favorecidos do que o proprietário, portanto o tribunal reparou apenas o lado do dono do imóvel; e c) a pretensão da parte era apenas cumprir um prazo contratual e legal.

Do ponto de vista retórico, o Relator utilizou um discurso entimemático, como se denota pelo teor da decisão. Basta que se demonstre com a cláusula *rebus sic stantibus*, e, no final, ao se referir ao **enriquecimento ilícito**.

A noção que se tem sobre a cláusula *rebus sic stantibus* é de uma cláusula de natureza eminentemente entimemática, por ser a mesma inexpressa, por não constar nos

contratos. O que existe de conteúdo e significado nessa invisível e subentendida cláusula são **opiniões, *topos*** de cunho ético-moral, traduzindo que não se devem cumprir obrigações caso ocorram modificações imprevisíveis. São *topos* do justo e do injusto, segundo os quais as partes só estão obrigadas a cumprir o contrato desde que as circunstâncias permaneçam as mesmas. Com base em tais “verdades”, o **entimema** constrói, fundamenta-se: se as circunstâncias não permanecerem as mesmas, logo não se estará obrigado a cumprir o contrato. Outro exemplo que se pode extrair desse mesmo *topoi*, sempre na linha do justo e do injusto: as pessoas devem ser honestas e justas, o entimema: o Direito protege o enriquecimento lícito, logo condena o enriquecimento ilícito.

A decisão nada diz da lei. O Relator adota um discurso divorciado completamente do texto da norma. Como opção, escolheu negar provimento ao recurso, para tanto foi buscar, em um contexto retórico entimemático, lugares-comuns, premissas particulares ao Direito, como condenar o enriquecimento ilícito. Situações que não estão previstas na lei de locação, à qual estavam as partes vinculadas.

As decisões judiciais têm se caracterizado por essa metodologia entimemática. Dessa lógica teria surgido a **teoria da imprevisão**.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL À BRASILEIRA

2.1 - NOTAS SOBRE UMA PESQUISA

A prestação jurisdicional no Brasil tem peculiaridades que são próprias de nossa cultura, de nosso modelo de organização política, social e jurídica, conforme será demonstrado, mais precisamente, nos subitens 2.4 e 2.5.

Para se ter um perfil de como se interpreta e se aplica a lei, para pôr fim à prestação jurisdicional, precisávamos de dados objetivos, daí a nossa opção em realizar uma pesquisa empírica, porque os dados coletados refletem, sempre com segurança, uma realidade.

A pesquisa foi realizada na Justiça Federal em Pernambuco, tendo como base os processos crimes que tramitaram por aquela jurisdição no período de dez anos.

Os processos crimes foram escolhidos porque não têm tantas nuances como sói acontecer em processos cíveis. No Direito Penal, ou a conduta está tipificada ou não está, não

há um meio termo, um acordo. Porquanto, os feitos criminais, para o que queríamos: se o juiz aplica ou não a lei ao caso concreto, fornecem com maior precisão essa e outras informações.

Aparentemente, a realização desta pesquisa não tem pertinência, porque a tese trata da **teoria da imprevisão**, quando foram pesquisados processos crimes. Nossas preocupações não se limitam em apenas descrever como se verificou o ingresso da teoria da imprevisão no Direito brasileiro, como sugere o título da tese, essa é apenas uma das vertentes do trabalho. Tão importante como constatar a admissibilidade da teoria da imprevisão é saber quais os métodos que o intérprete e aplicador do Direito utilizou, como efetivamente ainda utiliza, para burlar a lei e fazer impor o que lhe parece ser juridicamente certo e justo.

A pesquisa atendeu às nossas expectativas, os dados obtidos são elementos que interessam ao objeto da tese, na medida em que confirmam o que investigamos sobre a **teoria da imprevisão**: (a) o juiz julga como quer; e, (b) nas decisões contra texto expresso de lei, ou que contrariem o pensamento dominante sobre a matéria, o julgador utiliza recursos de retórica prática que as tornam tão jurídicas como as que lhes são contrárias. Teria sido por conta de idêntica atitude que as decisões que admitiram a teoria da imprevisão foram sufragadas contra a superioridade absoluta do *pacta sunt servanda*.

Constatamos que a maneira como foram julgados foge completamente do padrão dogmático silogístico de interpretar e aplicar o Direito alegado e assumido pela doutrina tradicional. O juiz usou de um discurso de inexistência de prova para julgar improcedente e arquivar 90% das denúncias apresentadas pelo Ministério Público Federal.

Se partirmos do entendimento de que a razão de tanta absolvição, teria sido a péssima qualidade técnica das peças denunciativas, seremos forçados a concluir que o Ministério Público Federal é intelectualmente despreparado, o que não se pode afirmar: os processos foram bem instruídos tanto na fase policial como na Justiça. Chegamos a considerar a hipótese de entender o resultado como um brilhante trabalho dos causídicos, patronos dos

denunciados, o que não nos pareceu ser após análise das peças das defesas. Finalmente, fomos levados a concluir que o modo de interpretar e aplicar a lei teria sido a única razão do resultado daquelas absolvições.

A pesquisa teve início no mês de março de 1999 e foi concluída em março do ano 2000. A opção pela Justiça Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, ao invés da Justiça Comum, veio a propósito de nossa experiência profissional naquela jurisdição, justificável, também, em razão da sua maior organização, ambiente de trabalho, acesso e facilidades na obtenção de dados nos processos com decisões transitadas em julgado.

A partir de então, adotando o método por amostragem “[...] com o qual se extrai do universo objeto da indagação um limitado número de indivíduos ou casos representativos com a finalidade de reduzir, de um lado, o trabalho da pesquisa e de obter, do outro, uma imagem bastante precisa do objeto estudado” (TREVES, 1977, p. 85), levando em consideração que o funcionamento efetivo dos trabalhos judiciários é em torno de dez meses, escolhemos aleatoriamente um processo por mês, dez processos por ano e 100 ao todo, como material a ser submetido à análise. Estabelecemos um período de dez anos, em cujo espaço de tempo ocorrera a promulgação da vigente Constituição Federal, isto é, processos julgados depois de outubro de 1988 até outubro de 1998.

Tabela 1 – Número de processos pesquisados, local, período de duração e objeto da pesquisa

Nº de processos pesquisados	Local: Justiça Federal-PE	Período e duração da pesquisa: 1 ano	Objeto da pesquisa
100	Jiquiá, Recife-PE	MAR 1999– MAR 2000	Processos penais julgados a partir de 05.10.1988 – 05.10.1998

Fonte: O autor

O critério utilizado na escolha dos processos foi inteiramente aleatório; não foi, contudo, a sua natureza processual, pois preferimos os processo crimes, como antes explicamos, para nosso objetivos. Além daquelas razões apontadas, os processos crimes

despertam mais atenção do Estado-Juiz, principalmente por se tratar de crimes cometidos contra os interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (inc. I art. 109, Constituição Federal de 1988).

Após análise individual de cada processo, elaboramos uma ficha com anotações sumárias de cada um; a identificação e a qualificação da parte acusada: condição civil, profissional, econômica, social, escolar e penal; reproduz também, em síntese, a situação processual de cada Ação: o tipo penal indicado na denúncia; razões da defesa; fundamentos da sentença e a decisão final.

Na lição de Treves, os **documentos jurídicos** da pesquisa podem ser analisados pelos métodos clássico e quantitativo; reunimos os dois. No método clássico se analisa o conteúdo, ele é intuitivo, subjetivo, após essa fase o pesquisador julga a autenticidade e avalia a repercussão social do que foi pesquisado. No método quantitativo “ o conteúdo dos documentos é decomposto em seus elementos constitutivos (palavras, frases, parágrafos, símbolos ou palavras-chaves), elementos que são depois classificados em categorias preestabelecidas e calculados em número e em intensidade.” (1977, p.82).

Para efeito de análise dos documentos adotamos o método clássico e o quantitativo, uma vez que tanto analisamos os aspectos de conteúdo, nossas próprias impressões de cada caso individualmente segundo uma visão profissional; as repercussões que tais casos causaram na época em que foram praticados. Por outro lado esmiuçamos os autos: cada peça e cada prova, a tramitação do feito, em seguida tiramos cópias xerográficas. cada caso tem internos e externos da documentação, formais e materiais, como o conteúdo de cada processo pesquisado.

Do total de 100 processos, 90,0% das Ações foram julgadas improcedentes, as acusações não prosperaram, apenas 10,0% dos réus, denunciados, foram condenados. Mesmo assim nenhum chegou a cumprir pena, todos beneficiados com os favores previstos no estatuto penal punitivo.

Tabela 2 – Processos pesquisados, ações julgadas improcedentes e procedentes, resultado de quantos cumpriram pena, percentuais

Nº de processos Pesquisados	Ações julgadas improcedentes (denúncias não acolhidas) absolvição, (%)	Ações julgadas procedentes (denúncias acolhidas) - condenação, (%)	Cumpriram pena (%)
-----------------------------	--	--	--------------------

100	90	10	0
-----	----	----	---

Fonte: O autor

Tabela 3 – Ocupação dos denunciados, percentual por profissão

Atividade econômica	(%)
Empresários	27
Autônomos	26
Servidor Público	22
Empregados na iniciativa privada	10
Profissionais liberais	4
Aposentados	4
Desempregados	4

Fonte: O autor

Pelo que se encontra demonstrado na tab. 3, as condições sócio-econômicas dos acusados não lhes permitiram alegar, em suas defesas, o desconhecimento ou ignorância da lei. Os crimes que estão na competência daquela jurisdição são, via de regra, praticados contra a União, sobressaindo-se aqueles contra a ordem tributária, mais identificados com a classe empresarial do que qualquer outra categoria profissional, daí talvez se explique por que os empresários encabeçam a lista e formam a maioria dos denunciados.

A qualificação sobre a situação civil mostrou que os casados detêm, com larga margem de diferença, a dianteira na criminalidade com 77,0% contra 19,0% dos solteiros; viúvos 3,0% e separados 1,0%.

Tabela 4 – Estado civil dos denunciados, percentualmente aos processos pesquisados

Situação civil	(%)
Casados	77
Solteiros	19
Viúvos	3
Separados	1

Fonte: O autor

Em ordem decrescente, a primeira posição com 34,0% está entre a faixa etária de 26 a 35 anos; com 25,0%, entre 46 e 55 anos; em 21,0%, no intervalo entre 36 a 45 anos; com 12,0%, entre 56 e 65 anos; os mais jovens na faixa entre 18 a 25 anos participam com 6,0% e, finalmente, os da “terceira idade” – 66 a 75 anos – com 2%.

O perfil etário mostra que, do ponto de vista de maturidade, nenhum dos acusados poderia ser enquadrado como pessoas inexperientes e alienadas. Todas se mostraram, em seus depoimentos, socialmente amadurecidas, conscientes dos seus atos.

Tabela 5 – Faixa etária dos denunciados, proporcionalmente ao número dos processos pesquisados

Idade	(%)
18-25	6
26-35	34
36-45	21
46-55	25
56-65	12
66-75	2

Fonte: O autor

As decisões tiveram como escopo o art. 386 e incisos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941). Por tais dispositivos, o juiz absolve o réu, desde que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; e VI – não existir prova suficiente para a condenação.

Tabela 6 – Tipos de crimes apontados nas denúncias, dispositivos correspondentes na legislação penal, percentual dos tipos penais em relação aos processos pesquisados

Tipo penal indicado na denúncia	Dispositivo do Código Penal	(%)
Estelionato	171	33
Apropriação indébita	168	28
Uso de documento falso	304	11
Falsidade de documento público	297	7
Sonegação	1º (1)	9
Contrabando ou descaminho	334	8
Moeda falsa	289	4

Fonte: O autor

(1) Art. 1º e incs. Lei 4.729/65

De acordo com o *caput* do art. 171 do Código Penal, o crime de estelionato consiste em alguém “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.”

O crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do mesmo Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), é definido como “apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.”

Os crimes de falsidade documental compreendem os arrolados nos arts. 296 a 305, dentre desses o uso de documento falso (art. 304) com 11,0%, definido como “fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts.297 a 302.”

O crime de falsificação de documento público (art. 297), com 7,0%, tem o seguinte enunciado: “falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro.”

O crime de sonegação fiscal, definido no art. 1º e incs. I a V da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, o sujeito passivo é o Poder Público, e os atos praticados pelos contribuintes que constituem esse tipo penal são: “I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informações que devam ser produzidas a agentes das pessoas jurídicas público interno, com a intenção de eximir, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II – inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III – alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; IV – fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis; V – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do Imposto sobre a Renda com incentivo fiscal.

O crime de contrabando ou descaminho cuida o art. 334 do Código Penal de definir como sendo “importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de Direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.”

O crime de moeda falsa trata o art. 289 do CPB, como sendo “falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro.”

Dos denunciados, 18% já tinham sido processados, sendo que, desses, 4% cumpriram pena pelo mesmo crime constante na denúncia, eram reincidentes.

No total, 59,0% dos réus tinham consciência de que os atos praticados por eles e descritos na denúncia eram proibidos, sujeitos à sanção. Quarenta e um por cento ignoravam que se tratava de delito, não tinham consciência, no momento, de que estavam praticando um ato delituoso.

2.2 – JURISDIÇÃO DE PRIMEIRO GRAU: O DIREITO NAS MÃOS DO JUIZ

As denúncias, peça inaugural de uma Ação Penal, resultaram de um trabalho nos diversos inquéritos policiais instaurados e presididos pela Polícia Federal, sendo, nessa fase, colhidas as provas que municiaram o Ministério Público para o oferecimento das denúncias, daí porque foram as ações penais públicas instauradas.

O juiz tem a faculdade de receber ou rejeitar a denúncia. A lei ainda concede ao magistrado a competência para dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave (art. 384, CPP).

O que surpreendeu, nessa pesquisa, foi o resultado final: 90% das denúncias foram arquivadas e os réus absolvidos, apesar do cometimento dos crimes, conforme se depreende de algumas confissões feitas nos interrogatórios. Nenhum preso, todos em liberdade, mesmo os 10% que foram condenados.

A União e suas entidades ficaram com o prejuízo pelas ações criminosas cometidas contra o erário público, e a sociedade tendo que suportar a impunidade.

Nesse período, do ponto de vista custo/benefício, relativo a essas ações, o Ministério Público Federal, a Polícia Federal e todo aparato técnico e humano resultaram em prejuízos aos cofres públicos, aos contribuintes, afinal.

Diga-se, com relação ao Poder Judiciário, não ter aplicado nenhuma sanção indenizatória pelo menos aos 10% dos denunciados que foram condenados. Outrossim, aqueles que se apropriaram de bens da União, também não foram compelidos a pagar indenização ou, pelo menos, a restituir o que subtraíram dos cofres da nação.

Observando o material pesquisado e o seu resultado, chegamos à conclusão de que se tratava de uma situação típica de negação de aplicação do Direito estatal e de todos os procedimentos formais, exigidos nos feitos de natureza penal.

Ao juiz, em processo penal, não cabe fazer interpretação extensiva, e nem condenar na dúvida (*in dubio pro reo*). Não pode deixar, também, de condenar quando a prova é suficiente, porque, de outro modo, o Direito deixaria de cumprir a sua função de controle social da criminalidade. Estando o juiz adstrito às provas, contudo, dar-lhes o valor segundo seu convencimento, desde que também não cegue diante as obviedades. Em alguns processos analisados, os acusados admitiram a autoria, não ficando consignada na decisão, tal confissão.

Do ponto de vista formal, as sentenças analisadas atenderam a um requisito da legislação processual, segundo o qual todo processo só se encerra com uma decisão. Em outro enfoque, especificamente, os textos dessas sentenças são apenas aparências do juridicamente possível, construídos dentro de um modelo retórico com vista a dar satisfação a todos os envolvidos: acusados, vítimas, familiares, Ministério Público, advogados e outros interessados, estando de acordo com o que o julgador entendeu.

Evidencia-se, no primeiro momento, não ser comum, em juízo monocrático, o arquivamento de 90,0% de processos penais. De igual modo, por outros fundamentos,

poderiam ter sido condenados. A questão deixa de ser jurídica para ser contingente e pessoal. Aparentemente, o quadro emocional do juiz é o seu guia. Sendo assim, dependendo de como esteja, decide se concede a liberdade ou manda à prisão o acusado. O que vem depois desse impulso é o formalismo, um véu para encobrir uma caricatura de legalidade e justiça. Se levarmos em consideração que a opinião pública clama por justiça e o que mais deseja é ver o fim da impunidade, pelo menos um expressivo percentual de denunciados, nesses processos pesquisados, teriam recebido condenação.

O resultado do litígio deve estar de acordo com regras jurídicas preestabelecidas, dados objetivos e não de acordo com o perfil do julgador. O desate da questão deve ser algo previsível, porque a solução está na esfera do jurídico e não no interesse subjetivo do magistrado. Mesmo que se trate de questiúnculas, qualquer que seja a natureza da demanda, a prestação jurisdicional do Estado terá que ser dada com base na ordem jurídica, sem as idiosincrasias do seu julgador.

Em qualquer de suas instâncias, o julgador deve obediência mínima às regras jurídicas preexistentes. O que não se espera é que o mesmo cause sobressalto à sociedade e desatino, ao Direito.

Analisadas pela teoria retórica, as decisões foram entimemáticas, o *topoi* que guiou toda construção silogística foi de que é melhor um culpado livre do que um inocente preso. Com base nesse *topoi*, o Direito construiu esse entimema: somente na certeza deverá ocorrer condenação, logo, na dúvida, não haverá.

O que resta dizer é que não existe fórmula que obrigue o julgador a ver o que não quer, de se convencer daquilo que seja contrário ao seu entendimento. São essas impossibilidades de controle do que pode ser feito, ou não, pelo julgador diante o caso concreto em que está em jogo a vida e a liberdade da pessoa, os verdadeiros desafios que os estudiosos do Direito devem

ter em mente, ante o crescimento do Poder Judiciário e do número de conflitos e ante a deficiência dos métodos de seleção para a carreira da magistratura.

2.3 - JURISDIÇÃO DO STF: A OUTRA FACE DO DIREITO

Esta abordagem interessa ao estudo desta tese, porque, através dos arestos do STF pesquisados e analisados, pretendemos demonstrar que as decisões da mais Alta Corte da Justiça brasileira não são próprias do Direito, são práticas retóricas que, utilizando uma linguagem apropriada, fazem parecer jurídica a decisão.

As decisões do Supremo Tribunal Federal frustram muito quem ainda espera vê-las dentro de uma lógica interpretativa de subsunção *versus* casuísmo, embora por vezes aconteça de aparentar desse modo. Contudo, amiúde, constata-se que as normas gerais servem apenas de fachada, em todas as instâncias jurisdicionais.

No cotidiano forense, tenta-se explicar que o STF, por ser uma **instância política**, não julga de acordo com o Direito e, sim, atendendo a outros interesses. Tal compreensão sobre a natureza da decisão do STF serve apenas para desviar da crítica que aquele sodalício merece da sociedade brasileira pela sua omissão e pelas decisões contrárias, por exemplo, aos Direitos do funcionário público, que o tem caracterizado, nas grandes questões nacionais.

De todas as instituições, desde a Proclamação da República até os dias atuais, a única que ainda continua demonstrando se manter na mesma lógica, de funcionalidade e atuação, é o STF. Talvez, por isso, tenha permanecido incólume mesmo nas graves crises institucionais, tanto a instituição como seus componentes. A ser preservado, como tem sido, a sociedade brasileira, como um todo, teve seus direitos negados pelo STF nos grandes embates

travados contra o Poder Executivo Federal, como é o caso narrado, a seguir, sobre o **confisco dos cruzados**.

Em outro momento, dessa feita pesquisando sobre decisões acerca da **irretroatividade da lei e Direito adquirido referente ao servidor público**, afirmávamos que, independentemente das disposições constitucionais e legais, até em total confronto com esses dispositivos, o Direito intertemporal sempre foi aquele definido pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em flagrante prejuízo às conquistas jurídicas obtidas pela sociedade ao longo da História no campo das garantias e dos Direitos coletivos e individuais. Exemplos fartos e eloqüentes ilustrariam bem essa afirmação (SILVA, 2000, *passim*).

Nas Constituições de 1824 e 1891, havia proibição expressa à retroatividade da lei (a irretroatividade era plena e absoluta), ainda assim, o STF, por decisão tomada em **4.12.1909**, contrariava, afirmando: “**As leis de ordem pública retroagem**” (SILVA, 2000:136). Mero artifício retórico para emprestar efeito retroativo às leis a fim de atender interesses do Poder Executivo.

Noutro aresto, dessa feita lavrado em **6.12.1916**: “Contra as leis de ordem pública não podem ser invocados direitos adquiridos” (SILVA, 2000, p. 136). Algumas vezes, restringindo a irretroatividade, em outras, admitindo-a plenamente, chega-se a constatar que o Judiciário nunca primou pelo efetivo sentido da irretroatividade, nem pela coerência e harmonia de seus julgados, sempre foi a vontade e os interesses dos seus membros, de atender, ou não, os apelos do Governo, que lhes orienta em aplicar, ou não, a garantia constitucional da irretroatividade da lei.

Para negar o direito adquirido, admitir a retroatividade da lei, o STF buscou, na linguagem jurídica, expressões de conteúdos indeterminados, *topoi*, como “interesse público”, “ordem pública”, “bem comum” para fundamentar suas decisões denegatórias dos direitos e garantias individuais, decidindo contra a Constituição como se estivesse realizando uma

grande façanha em prol da coletividade, quando, na verdade, estava negando o direito em benefício do poder dominante.

Dando um salto na História, no início da década passada, o então Presidente Fernando Collor de Mello decretou o bloqueio de ativos financeiros acima de NCz\$ 50.000,00, o “bloqueio dos cruzados”, como ficou conhecido.

O que a sociedade brasileira esperava era que fosse de imediato devolvido o dinheiro confiscado. E todas as esperanças estavam voltadas para o STF. O ato era nitidamente arbitrário e confiscatório, portanto, não havia dúvida de que o Judiciário determinaria a liberação do dinheiro. As instâncias inferiores já estavam admitindo, o desbloqueio já ocorria às soltas, faltava contudo a palavra do órgão máximo do Judiciário brasileiro.

Para decepção de todos, o STF não enfrentou a questão, foi o próprio Governo, dois anos depois, que determinou o desbloqueio. Aguardou-se, em vão, uma decisão de mérito daquela Corte. A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn 534-DF, em que foi relator o Min. Celso de Mello, engavetada durante todo período do confisco, foi extinta por falta de objeto e sem qualquer apreciação meritória, porquanto foi alegado que já teria ocorrido o desbloqueio:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 8.024/90. Bloqueio dos cruzados novos. Devolução integral dos ativos financeiros retidos. Inexistência de efeitos residuais concretos. Normas legais de vigência temporária. Pleno exaurimento do seu conteúdo eficaz. Prejudicialidade reconhecida. Questão de ordem acolhida.

- A cessação superveniente da eficácia da lei argüida de inconstitucionalidade inibe o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade, desde que inexistam efeitos residuais concretos, derivados da aplicação do ato estatal impugnado. Precedentes do STF. A extinção anômala do processo de controle normativo abstrato, motivada pela perda superveniente de seu objeto, tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato estatal impugnado como do exaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais destinadas a vigência temporária. – Com a devolução integral dos ativos financeiros retidos, e a conseqüente conversão dos cruzados novos em

cruzeiros exauriu-se, de modo definitivo e irreversível, o conteúdo eficaz das normas impugnadas inscritas na Lei nº 8.024/90.⁸

Agiu como quis o STF. Não há, do ponto de vista jurídico, como defender o retardo, por mais de dois anos⁹, do julgamento de uma ação de tão larga repercussão, sendo do conhecimento de todos o enorme e incalculável prejuízo provocado pelo tal “bloqueio dos cruzados” na economia popular.

Observe-se, também, que, ao não enfrentar a questão de mérito, o que poderia possibilitar a muitos que foram prejudicados reverem parte do prejuízo, o STF deixou de dar cumprimento ao preceito do inc. XXXV do art. 5º, que o obriga a apreciar lesão ou ameaça a direito do cidadão.

O objeto da ação poderia ter se exaurido com a revogação da medida, contudo era necessário que os prejuízos que o confisco ocasionou quando vigente, fossem apurados e reparados.

Não ficou só nisso: naquela época, desaguou, no Judiciário, uma grande quantidade de mandados de segurança. Não satisfeito, o Presidente Fernando Collor de Mello edita Medida Provisória (MP nº 173, 18.3.1990) proibindo a concessão de medidas liminares em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias 151, 154, 158, 160, 164,167 e 168, de 15.3.90, aplicando-se o disposto no parágrafo único do art.5º da Lei nº 4.384, de 26.6.64.

Nessa ocasião, o Poder Executivo teve a ousadia de investir contra a “independência” do Poder Judiciário, princípio fundamental inscrito no art. 2º da Constituição Federal de 1988 que diz serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁸ ADIQUO 534-DF, Rel. Min. Celso de Mello, <http://www.stf.gov.br>

⁹ Assim como as partes litigantes, o juiz tem um prazo para praticar atos processuais, o que nunca ocorre de obedece-lo, sem que por isso sofra qualquer punição. Diferentemente ocorre quando é a parte litigante não cumpre, rigorosamente, esses prazos. O art. 189 do CPC dispõe: O juiz proferirá: I – os despachos de expediente, no prazo de (2) dois dias; II – as decisões, no prazo de dez (10) dias.

A proibição de emitir liminar contra a Fazenda Pública também esgrima frontalmente a competência do Poder Judiciário de apreciar e julgar lesão ou ameaça a direito prevista no inc. XXXV do art. 5º; bem assim o direito e a garantia concedida ao cidadão de promover mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público (inc. LXIX da CF/1988).

Novamente o STF é cogitado para se pronunciar e coibir. Em vão. Frustrando todas as expectativas não suspendeu a eficácia da Medida Provisória, manteve-a! Em detrimento do direito do cidadão comum vítima de abusos cometidos pela Fazenda Pública, do funcionário público contra a Administração, que, por meio de liminar, tinham a possibilidade de ver cessar o abuso e a ilegalidade. Destaque, nesse aspecto, para a legião de servidores públicos que, mesmo sendo subtraídos em seus vencimentos, passou a aguardar decisão de mérito, o que nem sempre ocorre em desfavor da Administração, e ainda assim, após longa e penosa espera.

Teve o STF a chance de rever sua posição, quando da publicação da Lei nº 9.494 de 10.9.1997, que, no seu art. 1º, previa igual matéria da MP 173/90, no entanto não reviu, ao contrário, reconheceu a constitucionalidade dessa lei.

Na ocasião, o Governo quis encurtar o caminho da discussão em torno da constitucionalidade dessa Lei nº 9.494/97. Era a vez de o Poder Judiciário mostrar sua coragem e independência. Em vão. O Governo ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, que tem efeito vinculante e *erga omnes*, acatada pelo STF, em cuja decisão liminar proibia a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessa lei.¹⁰

¹⁰ ADC 4 - DF, STF- Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, <http://www.stf.gov.br>

Tantos outros exemplos poderiam ser mencionados. O que chama atenção é o STF fazer “vista grossa” no entulho legislativo e na insegurança jurídica decorrente da emissão exagerada de Medidas Provisórias e suas esdrúxulas reedições, quando todo mundo jurídico repugna por constituir uma excrescência insuportável no Estado Democrático de Direito. A emissão exagerada de Medidas Provisórias perturba a vida nacional e atenta contra a tripartição dos poderes (art. 2º da CF/88), porque usurpa a prerrogativa do Poder Legislativo de discutir qualquer matéria antes de vê-la sendo obrigatória, ter força de lei.

Não nos é importante, neste momento, perquirir sobre o fato de o Poder Executivo ter ou não a prerrogativa de editar Medidas Provisórias em caso de relevância e urgência, como diz o *caput* do art. 62 da CF/1988. Nossas preocupações fixam-se em demonstrar que, mesmo assistindo a uma verdadeira desordem normativa atentatória ao Direito, provocada pelo desenfreado volume de Medidas Provisórias e suas reedições, ainda assim, o STF reconhece, como constitucionais, essas Medidas e suas reedições.

O parágrafo único do art. 62 da Constituição de 1988 diz que as Medidas Provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Pelos dispositivos constitucionais, não há Direito à reedição porque a Constituição não prevê tal prerrogativa, e estando os Poderes da República vinculados à Constituição, logo a reedição é inadmissível. Ademais, quando o dispositivo constitucional diz que se dentro de 30 dias a MP não for convertida em lei o Congresso Nacional disciplina as relações jurídicas é porque já tem como possibilidade não ser aprovada a MP nesse período, o que significa dizer que o Poder Executivo, quando reedita, afasta a prerrogativa congressual de disciplinar aquelas relações acontecidas durante os trinta dias em que a MP esteve vigente.

Não tem sido esse o entendimento do STF, pelo contrário, tem se conduzido de forma a permitir que o Poder Executivo use e abuse de legislar por Medidas Provisórias e de reeditá-las infinitamente.

Com efeito, o STF não aprecia os pressupostos de **relevância** e **urgência**¹¹ necessários para o Poder Executivo editar Medida Provisória, entende que se trata de matéria de natureza política. Quanto à reedição¹², aquela Corte admite, desde que não tenha sido já apreciada pelo Congresso Nacional, o que significa dizer que o número de reedições é ilimitado. Na primeira hipótese como na segunda, revelam posições extremamente cômodas e prejudiciais ao Direito, à sociedade, o que contribui certamente para o país mergulhar nessa incerteza e violência crescentes, como temos assistido, sem precedente, nesses últimos anos.

A partir do momento em que a mais alta Corte de Justiça “lava as mãos” de uma questão dessa envergadura, que põe em risco a Democracia, e que ameaça a própria harmonia e independência dos Poderes, ante a enxurrada de Medidas Provisórias que revogam Leis aprovadas pelos representantes do povo e, por vezes, afrontando o texto constitucional, pouca esperança se pode ter no futuro deste país com essas posturas que negam o Direito em prol de interesses político-partidários circunstanciais do Poder Executivo.

Diante de todo esse acervo de material pesquisado, pode-se inferir que o modelo dogmático adotado pelo Poder Judiciário brasileiro perdeu muito de sua influência e de sua respeitabilidade, em todas as instâncias. As estratégias de atuação praticadas pelo Poder Judiciário tem provocado um descrédito crescente perante toda a opinião pública, principalmente entre os próprios operadores do Direito, os que mais de perto compreendem e, por vezes, sentem seus reflexos.

¹¹ ADIn 1.397-1-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, <http://www.stf.gov.br>.

¹² ADIn 1617-2-MS, Rel. Min. Octávio Gallotti, <http://www.stf.gov.br>.

A falta de optar por diferentes modelos de interpretação da Lei e de não adotar, especificamente, nenhum, embora dê ênfase ao dogmático-formal, “o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não rotineiras” como observa Faria:

[...] hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar a aplicar os Direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais Direitos ou de considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os Direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativista e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativa e processualmente superada; uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter intergrupar, intercomunitário e interclassista uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos Direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor (1998, p. 99).

Acreditamos que a opção consiste em não admitir o engessamento do processo decisório silogístico nem a abertura de 360° pela via retórica, ou qualquer outro caminho. Em qualquer modelo que se pense entendemos que não se pode permitir a omissão, o Poder Judiciário deixar de decidir, por outro lado, não se pode dar a um juiz monocrático, ou a uma Corte, o poder irrestrito e incondicional de alterar a Constituição, nem de modificar a Lei, porque aí se estaria substituindo a representação popular dos Parlamentos, que ainda é a maior instância da democracia.

O que se deve evitar é uma ditadura do Judiciário, o Direito estar nas mãos de uns poucos. A metodologia de aplicar o Direito sem qualquer controle estará sempre sujeita a gerar uma insatisfação, forçando alternativas extra-oficiais, com exclusão do Estado como pacificador dos conflitos sociais.

Se as tentativas de um novo prumo ao Judiciário fracassarem, haverão de ser construídas outras instâncias, talvez menos burocratizadas e com participação ativa da

sociedade, dessa vez adotando, como ponto de partida, a retomada de alguns valores éticos que ficaram perdidos durante a vigência do atual modelo.

Após optar por uma via em que se eleja a ética como princípio maior, caberá repensar sobre os procedimentos que deverão pautar as decisões e, aí, deverá haver um equilíbrio entre o exacerbo da dogmática jurídica com outra linha teórica, menos apegada ao texto da Lei, e mais aberta aos reclamos e exigências sociais (FARIA, 1998, p. 52-67).

O que resta demonstrado, nessa parte, é que o Poder Judiciário, quando entende de assumir uma postura, decidindo, mesmo que seja contrário aos textos legais, utiliza-se de modelos retóricos que dão aparências legitimadoras às suas decisões. Foi assim que se introduziu a **teoria da imprevisão**, que, em casos, como veremos adiante, de relações contratuais, mesmo estando guardadas pelo princípio do ato jurídico perfeito, tiveram que ser revistas, e outras, extintas, por força de decisão judicial.

2.4 - MODELO OPERACIONAL

Adeodato discute e aponta alguns mecanismos que fazem parte das estratégias utilizadas “em apoio ao ordenamento jurídico” em países periféricos como o Brasil.

Deve-se lembrar que os procedimentos de solução de conflitos não vão necessariamente de encontro às leis. O terceiro mundo mostra uma pluralidade de pirâmides, na imagem de Kelsen, pluralidade de ordenamentos jurídicos diante da ineficiência do Estado em sua pretensão de monopólio na produção de normas coercitivas.

.....
Em suma, as diversas ordens jurídicas da sociedade contemporânea, hoje tornada global em alguns de seus aspectos, exibem as mais diferentes formas retóricas e procedimentos para obter um controle de algum modo eficaz sobre os conflitos. Suas estratégias de legitimação jurídico-política, sobretudo nos países periféricos, parecem bem mais multifacetados do que os procedimentos de argumentação forense ou parlamentar nos países desenvolvidos podem sugerir. (ADEODATO, 1992, p. 226-227).

As denominadas **estratégias extralegais**, que Adeodato diz auxiliarem nas decisões de conflitos em países periféricos como o Brasil, não são direcionadas a um determinado poder especificamente. Entretanto – confrontando com os dados da pesquisa e o comportamento do STF nos casos narrados – entendemos que tais estratégias parecem indicar o *modus operandi* do Poder Judiciário brasileiro, retratando os diversos ângulos que compõem a decisão judicial.

Adverte Adeodato que essas estratégias não se exaurem nos exemplos citados, o que significa dizer, de interesse para nosso estudo, subsistem no sistema outros tantos mecanismos de artificializar e legitimar a decisão judicial que seriam indeterminados, por vezes, imperceptíveis. A segunda advertência diz ser muito estreito o espaço que separa uma estratégia da outra, “esses diversos expedientes” que fazem parte do aparato legitimador, a ponto de se confundirem e se entrelaçarem. Por último, ressalta, dizendo que essas estratégias contêm elementos jurídicos e não-jurídicos que se combinam.

A **excepcionalidade da aplicabilidade**, como primeira estratégia:

Consiste em fazer com que a norma geral contenha possibilidade de exceções de alguma forma dirigidas. Estas constituem as portas laterais por meio das quais a norma geral é literalmente contornada, isto é, decide-se extradogmaticamente se a norma será ou não aplicada segundo o caso. (ADEODATO, 1992, p.228).

São as exceções na lei e outras fórmulas engenhosas de burlar a norma geral para beneficiar, com a excepcionalidade, certos interesses e pessoas.

Esse exemplo é a posição que normalmente assume o STF nas questões em que o Poder Executivo Federal tem interesse, daí se explique aquela decisão em que, para descumprir dispositivos expressos contra a irretroatividade plena de qualquer lei que as Constituições de 1824 e 1891 previam, tenha aquela Corte adotado o argumento da diferenciação entre normas de Direito Público e normas de Direito Privado para justificar a

retroatividade da lei, mesmo em detrimento dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

A **ficção da isonomia**, citada por Adeodato, como segundo exemplo, é o comum em qualquer instância ou tribunal: “Pesos e medidas diferentes na aplicação da lei, o que também depende da situação individual dos envolvidos” (1992, p. 231).

A decisão por amizade, tão comum no cotidiano forense, faz a máquina funcionar com eficiência, denomina-se **subsistema das boas relações**. Casos que normalmente demoram uma eternidade podem ser resolvidos rapidamente se houver boas relações de amizade.

A troca de favores pode funcionar melhor do que a burocracia legal-racional. [...] Ao invés da retórica da generalidade, universalidade, impessoalidade, anterioridade (em uma palavra: objetividade) colocada pelos procedimentos oficiais de legitimação, surgem relações familiares e de amizade que possibilitam a confiança que a ordem estatal não consegue propiciar. (ADEODATO, 1992, p. 231-232).

A prestação jurisdicional muitas vezes depende do **jeitinho**, é quase uma obrigação tê-lo ou correr o risco de demora e frustração.

[...] o **jeitinho** é uma forma especial mas não exclusivamente brasileira de controlar as incertezas sobre a eficácia das decisões oficiais e ao mesmo tempo alcançar resultados marginais. Os meios para a obtenção desses resultados ficam na zona cinzenta que separa o legal do ilegal ou são abertamente ilegais. Pode-se tentar definir o jeito como um procedimento erístico que procura adaptar as normas jurídicas estatais abstratas ao caso concreto e simultaneamente manipulá-las segundo interesses e vantagens casuísticos.

A vantagem do jeito sobre a corrupção é que ele é praticado abertamente, mantém-se melhor sob controle. Vê-se uma atuação dupla e contraditória: o jeito pode tanto auxiliar a adequar normas inconvenientes, e assim cooperar para sua legitimação, quanto ensejar a corrupção desenfreada e uma perigosa instabilidade para qualquer sistema jurídico. (ADEODATO, 1992, p.233-234).

A corrupção é outra estratégia apontada por Adeodato. Como um câncer em metástase a invadir todos os espaços dos três poderes da República. Em qualquer das instâncias, a corrupção está visivelmente, ou de forma disfarçada, instalada no Poder Judiciário, basta lembrarmos da venda de liminares e de decisões em tribunais federais, objeto de CPIs.

A modalidade mais freqüente de corrupção se verifica na troca de favores, com presentes, viagens patrocinadas para o exterior, empregos, dinheiro para completar a renda e financiar banquetes, tudo em troca de uma liminar, de um alvará, de uma decisão.

Como **formas de procrastinação do feito**, como denomina Adeodato, a mais comum, para nosso estudo, é a desobediência aos prazos por parte da autoridade julgadora: sabendo que deve despachar em dois dias, e em 10 julgar (art. 189 do CPC), a autoridade judiciária impunemente está longe de zelar pelo cumprimento desse dispositivo, pelo contrário, ultrapassa todos os limites, demora 2 (dois) anos para despachar e 10 (dez) para julgar. Não importa qual seja a natureza da ação, ainda que seja naqueles feitos em que a lei exige um procedimento mais célere, de pronto atendimento, o prazo previsto para o seu término não é obedecido, porque o primeiro a se esforçar pelo retardamento é o Poder Judiciário, em qualquer de suas instâncias.

Outra hipótese é a denominada de **ineficácia da lei**. Se a própria autoridade não cumpre a lei, não se pode esperar muito dos demais destinatários da norma.

[...]porque nunca se formou uma tradição legalista ou jurisprudencial no Brasil, e o Estado burocrático ainda não se impôs (se é que vai se impor), os próprios representantes do Estado não parecem comprometidos com o cumprimento da lei e o povo fala dela como de vacinas contra a varíola: umas pegam e outras, não. (...) Algumas normas jurídicas estatais não são aplicadas porque não levadas a sério. (...) Nem a lei processual, que é dirigida especificamente aos órgãos do próprio Estado e que determina a forma através da qual este mesmo Estado decide os conflitos a ele submetidos, chega a um grau razoável de eficácia (ADEODATO, 1992, p. 237-238).

Um exemplo evidente de descumprimento das normas processuais refere-se à questão dos prazos (cf.: “formas de procrastinação dos feitos”), aos quais nenhuma autoridade judiciária se digna em atender, quando as partes insatisfeitas com a demora reclamam nas corregedorias, a resposta sempre é a mesma: “acúmulo de serviço”.

Por último, Adeodato expõe, como exemplo de estratégia observável nos países periféricos, a **ficção da hierarquia no sistema oficial**. Realmente, é uma ficção pensar que o Poder Judiciário, quando visa a atender certos interesses, cuide de observar a hierarquia das normas jurídicas,

Os dois princípios básicos de compatibilização normativa em caso de conflito de leis, quais sejam a prevalência da lei mais recente, quando as normas conflituosas estão em um mesmo nível, e a prevalência da lei superior, sobretudo a Constituição (.....) A ineficiência da lei, em qualquer dos aspectos, e a ficção da hierarquia ensejam uma relativa impunidade, do ponto de vista do Estado, e a coercitividade do Direito passa a ser localizada e casuística (ADEODATO, 1992, p. 238).

Um exemplo marcante são Medidas Provisórias dispendo sobre matéria contra literal dispositivo constitucional, nem por isso o STF declara a inconstitucionalidade. A hierarquia das normas jurídicas no Brasil só ocorre quando não há um interesse que prevaleça, ou nos círculos acadêmicos.

Por meio dessas estratégias de legitimação, encontramos o caminho de enxergar, com certa nitidez, o que seja e como funciona a prestação jurisdicional no Brasil. Outro dado que se conclui é de não se poder afirmar que o Judiciário brasileiro adota um determinado método de interpretar e aplicar o Direito. O muito que se pode dizer, realisticamente, é que esses elementos e subsistemas extralegais ditam as soluções. Enquanto não sairmos desse estágio próprio de países periféricos, em que a democracia anda em cima de um fio de navalha. Quiçá, as gerações do futuro possam gozar desse privilégio.

2.5 - HERMENÊUTICA À BRASILEIRA

Tendo em vista essa realidade já sobejamente demonstrada por meio das **estratégias extralegais** lançadas por Adeodato (1992: 207-242), e à guisa de uma melhor explicação do material pesquisado, entendemos sistematizar essa prática operativa de aplicar o Direito, denominando-a de **interpretação segundo o interessado**.

O Judiciário no Brasil – pelo exemplo até aqui fornecido – é um poder que julga como quer, tendo suas vinculações com outros mecanismos, *estratégias extralegais*, que se impõem ante um Direito construído sobre flexíveis e tênues estruturas. Tal fenômeno de submissão do Direito aos interesses em jogo verifica-se em todas as instâncias.

Para acobertar as insubmissões do julgador e torná-las legítimas e obrigatórias, o legislador criou mecanismos que funcionam como *topos*, que protegem o julgador e sua decisão contra ataques externos, suspeitos de parcialidade, envolvimento pernicioso; enganos e ignorância que favorecem uma das partes em detrimento de uma correta aplicação do Direito.

Um desses *topos* é a prerrogativa de se julgar segundo seu **livre convencimento**. O art. 131 do Código de Processo Civil concede essa prerrogativa:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Mesmo na apreciação das chamadas **provas técnicas**, o juiz não está adstrito ao laudo pericial:

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Essa ampla liberdade favorece o agir arbitrário dos espíritos menos comprometidos com a ética e o Direito.

Outros **lugares-comuns, topos**, estariam representados por palavras que têm “conceito indeterminado”, infiltradas em todos os ramos do Direito. São palavras que denotam sentido jurídico, porém sem qualquer definição esclarecedora. Sobre esses vocábulos, têm-se apenas noções imprecisas do que realmente significam. São exemplos, dentre tantos, as expressões: **interesse público, urgência, bons costumes, fim social, equidade**, etc.

Tais expressões, por não terem uma definição legal e serem vagas, flexíveis e indeterminadas, tanto ampliam como estreitam o sentido que se quer atribuir-lhes. Um exemplo que nos ocorre lembrar é ainda a atual divergência entre o que seja **relevância e urgência** como requisito para a edição de Medidas Provisórias, conforme previsto no art. 62 da Constituição Federal de 1988. À falta de uma definição, ocorre de o Poder Executivo cometer abusos e arbitrariedades editando uma avalanche de Medidas Provisórias, muitas das quais apontadas como atentatórias à ordem jurídica.

Segundo Perelman (1998, p. 49), o legislador teria recorrido a essas noções indeterminadas, sem cuidar de defini-las, para que o juiz tivesse o “poder de apreciação”, o que nos parece um equívoco, pelo menos dentro da realidade brasileira.

Se uma assembléia de legisladores, com suas diversas comissões, inclusive comissões temáticas e de redação final não consegue produzir uma definição, o que se pode esperar de um juiz desaparelhado técnica e culturalmente? Evidentemente, que a omissão do legislador, deixando ao arbítrio de um juiz ou tribunal a faculdade de completar o significado da lei, além de ferir a competência de legislar reservada ao Poder Legislativo, de produzir a lei de caráter geral, sujeita os jurisdicionados a suportar o entendimento subjetivo e arbitrário do julgador.

Perelman faz algumas distinções úteis ao nosso trabalho, começando por distinguir ficção jurídica, presunção irrefragável e realidade jurídica. A *ficção jurídica* é obra inventada pela jurisprudência. A *presunção irrefragável* é a conhecida presunção de Direito, *juris et de jure*, que não admite prova em contrário. A **realidade jurídica** é o que está legislado (1998, p.86).

A ficção jurídica, diferentemente da presunção irrefragável, é uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica. Se esta realidade é determinada pelo legislador, sua decisão, qualquer que seja, jamais constitui uma ficção jurídica, mesmo que se afaste da realidade de sentido comum. Assim é que, ao atribuir personalidade jurídica a associações, o legislador não institui uma ficção jurídica, mesmo que a assimilação dos grupos a pessoas físicas se afaste da realidade psicológica e moral. Mas se o juiz confere a um grupo que não tem personalidade jurídica o Direito de interpor uma ação judicial, quando tal Direito é reservado pela lei apenas às pessoas jurídicas, ele recorre à ficção (1998, p. 86).

Para uma boa administração da Justiça, o julgador terá que se socorrer da **ficção**, Perelman enfatiza que haveria uma necessidade significativa de recorrer a esse recurso, e que a realidade jurídica não pode impedir que ocorra. Acredita que aquele que “recorrer à ficção jurídica manifesta uma revolta contra a realidade jurídica”.

[...] a revolta de que acredita não ter condição para modificá-la, mas recusa-se a submeter-se a ela, porque ela o obrigaria a tomar uma decisão que julga injusta, inadequada ou insensata (1998, p. 87-89).

Se começarmos a pensar que o mundo visto por Perelman é a França e Bélgica, países em que os direitos e as garantias constitucionais são invioláveis; as instituições democráticas, respeitadas e a sociedade civil é organizada e politicamente forte, com um Poder Judiciário realmente autônomo e independente, não se tem realmente o que temer sobre as decisões prolatadas em suas Cortes.

Diferente é a realidade nos países periféricos, em que não se respeita a Constituição, as instituições democráticas são débeis, a sociedade civil, desorganizada e a

tripartição de poderes é irreal; não se pode esperar que o Poder Judiciário como um todo, de sua cúpula às instâncias inferiores, assumam sempre posições com vista à melhor aplicação do Direito, tipo aquelas que outros povos civilizados aprovariam.

Não basta dizer que o Direito deva ser aplicado de acordo com a realidade social, econômica, política e jurídica. É preciso mais. Se essa realidade privilegia interesses escusos, adotar decisão que seja compatível com tal situação só faz aumentar o tamanho do fosso entre o justo e o injusto.

E isso normalmente é o que acontece no Judiciário brasileiro nas questões em que os interesses políticos do Poder Executivo confrontam-se com os direitos e as garantias individuais de um simples funcionário público, quando, por outro lado, protege os altos sonegadores, os rombos e o estelionato praticado pelos Bancos.

A **ficção jurídica**, como prega Perelman (1998), pode ser constatada em qualquer ordenamento jurídico, posto que é inerente à função da judicatura adequar as situações concretas às exigências jurídicas da ocasião, ainda que contrariem dispositivos insertos na legislação. Dessa feita, o **princípio geral de Direito** assume o papel de substituir o discurso jurídico tradicional, por um argumento em que se eleva a importância da equidade e da razoabilidade.

[...] Mas freqüentemente, diante de uma decisão que violava não uma lei, mas um princípio geral do Direito, as cortes de cassação, belga ou francesa, não hesitavam em reformar a sentença, motivando o acórdão na violação fictícia de um artigo do Código, com o qual a sentença reformada tinha apenas relações longínquas, mas que, não obstante, tinha de estar indicado no recurso de cassação (PERELMAN, 1998, p. 87).

Para mero efeito didático e funcionalidade, a **interpretação segundo o interessado** divide as questões em três níveis, conforme a repartição de competência jurisdicional adotada pela Constituição Federal de 1988(art. 92 *usque* 126), e segundo a **qualificação dos litigantes**.

Levamos em consideração, também, que na interpretação e aplicação do Direito, o juiz singular apenas desempenha um papel de primeiro estágio, de momento inicial, porquanto os tribunais, notadamente o STF e o STJ, são que finalmente interpretam e aplicam o Direito. Apesar de que nem todas as questões são submetidas ao crivo daquelas Cortes, em razão de normas processuais constitucionais, legais e regimentais, *interna corporis*, restringirem o acesso.

São de **primeiro nível**, as questões de larga repercussão processadas perante os tribunais em que figura, como parte **interessada**, o Poder Executivo.

Nesse nível, a visão do intérprete e aplicador da lei é que as decisões devam ser favoráveis ao Poder Público, pela simples e improvável justificativa de protegerem o indefinível interesse público. Procura-se, nessa ocasião, argumentar com a idéia de que acaso a decisão ocorra de ser desfavorável, o caos irá acontecer. A decisão deverá ser em prol do Governo para que não venha a acarretar colapso nas contas públicas; sejam mantidos em funcionamento os hospitais e as escolas públicas. São exemplos as questões ligadas aos aumentos dos servidores públicos, ao salário mínimo, à suspensão da cobrança de tributos.

Tivemos a oportunidade de nos defrontar com uma situação em que, ao impetrarmos com mandado de segurança contra cobrança ilegal de tributo em favor de um comerciante, o magistrado explicou-se reconhecendo que o contribuinte tinha direito ao que estava pretendendo, porém não iria conceder a liminar nem a segurança, porque não iria se insurgir contra o Governo que estava pagando seus vencimentos!

Costuma-se deslocar o discurso jurídico sob alegações de serem questões políticas (e nessa ótica são julgadas, o que implica dizer que, em nome da política, pode-se fazer o mal) qualquer que seja a forma como se apresentam, as decisões estão justificadas,

mesmo que atropelam princípios e normas expressas na Constituição Federal, tudo se amolda com outros argumentos, tão importantes para o discurso jurídico como a pretensa norma violada.

As chances de vitória do cidadão são remotíssimas nesse tipo de questão. Como exemplo clássico, aquelas em que se questiona direitos adquiridos; a inconstitucionalidade de medidas impostas pelos planos econômicos, a criação de tributos por Medida Provisória, etc.

São de **segundo nível**, as questões que envolvem as grandes empresas e corporações transnacionais. Nesse nível, funcionam o *lobby*, a corrupção e outras estratégias extralegais de que fala Adeodato (1992, p. 234-235). É um jogo de força: quem tem mais, vence. A decisão finalmente surge, moldada segundo a vontade da parte que conseguiu melhor administrar as estratégias extralegais.

São de **terceiro nível**, as questões comuns, que não ferem grandes interesses, sejam institucionais ou privados. Nesse nível, o Poder Judiciário vinga-se, desdobra-se em demonstrar que “a Justiça existe”, “tarda mas não falta”! São demandas que contêm um forte apelo social. Exemplos não faltam: as questões ligadas aos planos de saúde, aos aumentos das mensalidades escolares, etc.

Nesse nível, aflora o debate em torno do Direito, as decisões quase sempre vêm recheadas de um forte apelo retórico. É lembrada e otimizada a existência dos princípios gerais de Direito, de alta aceitação e empatia perante uma sociedade ávida e carente de “justiça”.

Por vezes, somos forçados a acreditar que, nas hostes do Judiciário, nada funciona adequadamente, como determina a Lei ou o Direito. E o exemplo mais eloqüente e mais incontestado é o juiz, o desembargador, o ministro debochar dos prazos processuais, deixar entulhar os processos nas escrivaninhas de seus assessores, ou nas gavetas esquecidos, não

cumprirem absurdamente nenhum prazo. Se não se cumpre o prazo, o processo não chega a seu fim, não se completa a prestação jurisdicional, logo a insatisfação e a intranqüilidade social se perpetuam.

Em meio à questão de **terceiro nível**, pode ser classificada a primeira decisão no Judiciário brasileiro que admitiu a **teoria da imprevisão**: não se tratava de interesse de grandes corporações públicas ou privadas. As partes litigantes não causavam nenhuma ameaça ao *status quo* do então Poder Judiciário, tratava-se de uma demanda entre particulares na qual, provavelmente, a parte autora tinha certeza de sair-se vitoriosa. Afinal, a tese do *pacta sunt servanda* era unanimemente sufragada pelo Judiciário, e o momento era particularmente favorável para se utilizar um discurso que já vinha sendo utilizado nos países europeus.

Coube a um juiz de primeiro grau, em 1930, o então magistrado Nelson Hungria, trazer à baila a vetusta cláusula *rebus sic stantibus*. Havia todo um ambiente para eclodir essa antiga cláusula, que jazia no esquecimento forçado pelo predomínio absoluto do *pacta sunt servanda*. A Europa fez ressurgir a teoria da imprevisão ante a imperiosa necessidade de resolver as questões ligadas ao inadimplemento de obrigações contratuais ocorrido por conta da Primeira Guerra Mundial.

À época – 1930 – o Direito brasileiro não proibia nem admitia expressamente a teoria da imprevisão. O julgador precisou esculpir sua decisão, utilizando, como discurso jurídico, a retórica fundamentada em dois **lugares particulares do Direito**: a boa-fé e a eqüidade, noções consideradas princípios gerais, axiomas, que subsistem no sistema jurídico, com força bastante para debelar o império do *pacta sunt servanda*.

Aquela decisão mostraria, com o passar do tempo, sua importância na jurisprudência brasileira, forçando uma revisão de arraigados conceitos e princípios

consagrados como intocáveis, a exemplo do *pacta sunt servanda* que teve de suportar, até os nossos dias, seu desprestígio nas relações contratuais.

2.6 - OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO MODELOS RETÓRICOS: A REALIDADE BRASILEIRA

Na primeira decisão de admissibilidade da teoria da imprevisão, o juiz Hungria enfatizou:

A resolubilidade dos contratos de execução futura, em virtude de subsequente mudança radical do estado de fato, não é contemplada expressamente em nossa lei civil, mas decorre dos **princípios gerais de direito** e exprime um mandamento de equidade. [...] A *lex privata, a juris necessitas*, decorrente da letra do contrato, tem de ceder ao **princípio da boa-fé, ao soberano senso de equidade**, que vem informando o Direito, desde que esse, desprendido do rigorismo formal das Doze Tábuas, entrou de evoluir para a sua concepção espiritualista (HUNGRIA *apud* FONSECA, 1943, p. 298-300). (Grifo nosso).

O que faz a diferença no resultado da decisão judicial é a forma de argumentação. O juiz Hungria não criou nem inovou o Direito, utilizou uma outra retórica no discurso jurídico da decisão judicial que entendia ser justa, até então sem precedente, para dar sentido ao que sua cultura jurídica apontava que fosse feito.

Para o julgador optar por uma norma que proíbe ou outra que absolve, ou ter que decidir mesmo inexistindo norma, exigem-se modelos diferentes de argumentação. Nas primeiras opções:

A interpretação e a aplicação deste direito apresenta-se como silogística: a norma estatal alegada, em geral expressa pela lei ou pela jurisprudência, representa a premissa maior; o caso concreto, por um processo de subsunção, constitui a premissa menor; e a norma individual aplicada ao caso concreto corresponde à conclusão (ADEODATO, 1998, p.150).

Fugindo desse padrão silogístico, em uma outra opção, o intérprete e julgador socorrem-se sempre de um recurso da retórica que se tem demonstrado aparentemente

confiável e infalível para fundamentar a decisão judicial: os princípios jurídicos ou os princípios gerais de direito.

Os princípios jurídicos são fórmulas abertas e eficazes de ampla utilização e aceitação pela hermenêutica, gozando de muita confiabilidade no sistema jurídico. Prestam-se para atenuar os rigores da lei e servem às decisões bombásticas de **terceiro nível**.

Por vezes, os princípios jurídicos ocorrem de mascarar as intenções que estão por trás das decisões. Nesse caso, o intérprete utiliza-os com a finalidade de atender interesses econômicos ou políticos, como, por exemplo, nas demandas entre o Governo *versus* servidor público: para por fim ao movimento grevista, argumenta-se a restrita obediência aos princípios da ordem e do interesse público, como se os interesses dos servidores não fossem efetivamente legítimos e justos.

No estudo do caso – a decisão Hungria – não se trata de **subsunção *versus* casuismo**, porque não havia suposto adequação entre a norma e o fato concreto. A norma geral (= premissa maior), existente nos idos de 1930, era de respeito absoluto ao *pacta sunt servanda*. Portanto, o emprego da forma silogística de interpretar e aplicar o Direito não faria o menor sentido. Foi então necessário que o julgador se servisse de outro instrumento de persuasão, de um outro discurso jurídico, que possibilitasse a mesma confiança quando se menciona a norma.

Nessa perspectiva, os princípios gerais de direito são *estratégias discursivas*. No exemplo dado, o princípio da boa-fé serviu como argumento para fundamentar a sentença que determinou a resolução do contrato. Poderia se dizer, também, que, no exemplo dado, o princípio da boa-fé pode ser visto como **tópico jurídico** ou pontos retóricos, “o mote”, os **lugares específicos do Direito** os quais, no registro de Perelman,

[...] consistem em fornecer razões que permitem afastar soluções não equitativas ou desarrazoadas, na medida em que estas negligenciam as

considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni* (1998, p. 120).

Em ângulo oposto, aquele mesmo princípio poderia ter sido igualmente utilizado acaso o intérprete sentenciante entendesse que o contrato não poderia ser extinto sob o argumento de que a outra parte contratante teria agido de boa-fé, quando firmou a avença, devendo a obrigação ser satisfeita e prevalecer o *pacta sunt servanda* (como de fato aconteceu, a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, reformou, pelo acórdão de 22 de maio de 1934), (FONSECA, 1943:302).

Logo, o princípio da boa-fé, adotado no mesmo caso concreto, poderia ter servido a duas decisões diametralmente opostas. Porquanto tratam-se de recursos retóricos disponíveis para atender a qualquer expectativa, são fórmulas flexíveis, que se amoldam sem tanta dificuldade. Mesmo, por vezes, sendo ambivalentes, os princípios jurídicos detêm uma inexorável força retórica ante seu poder de persuasão e confiabilidade.

Quando dizemos que os princípios de direito funcionam como **tópicos jurídicos** que o juiz utiliza em amparo de sua decisão, não estamos externando qualquer juízo de valor nem propondo que assim deva proceder o julgador. Não fazemos oposição ao uso dessa metodologia, pelo contrário, entendemos até que o uso desse recurso retórico, se bem empregado, pode ser uma possibilidade de a decisão se aproximar do justo. Um pouco de reflexão, contudo, leva-nos a temer pelo mal que pode ser feito por julgadores inescrupulosos e tribunais sem compromisso com a ética, a serviço de interesses políticos partidários.

Tais preocupações são refletidas por Perelman, quando põe em xeque a segurança jurídica própria do sistema e os “inconvenientes e incertezas em matéria de Direito” com relação à aplicação dos tópicos jurídicos:

Como a segurança jurídica é um dos valores centrais no direito, quem contribui para o respeito das regras de Direito, dos precedentes, dos costumes e hábitos sociais, os partidários dos tópicos jurídicos jamais podem perder de vista os inconvenientes da incerteza em matéria de direito. Do mesmo modo, como uma comunidade regida por regras de direito é, ao mesmo tempo, uma comunidade lingüística, supor-se-á que os termos utilizados nos textos legais

deverão ser entendidos em um sentido comumente aceito, a menos que razões especiais justifiquem que dele nos afastemos.

Se é verdade que, graças aos tópicos jurídicos, o juiz dispõe de maior liberdade na interpretação dos textos legais, tornados mais flexíveis, essa liberdade, em vez de conduzir à arbitrariedade, aumenta os meios intelectuais de que o juiz dispõe na busca de uma solução razoável, aceitável e equitativa (1998, p.130).

Ainda com base no exemplo, do mesmo modo que o juiz Hungria trouxe à colação o princípio da boa-fé, outro princípio poderia ter sido escolhido como fundamento e ter se obtido idêntica decisão, sem que operasse qualquer diferença no resultado.

Não há uma escala hierarquizada entre os princípios, nem os mesmos são catalogados como recursos retóricos à sua utilização, dependem unicamente do intérprete e aplicador da lei.

Portanto, foi dentro dessa possibilidade de se argumentar o discurso jurídico baseado na retórica dos princípios jurídicos que o Direito brasileiro, aos poucos, começou a admitir e hoje tem como consagrada e admitida a **teoria da imprevisão**, prevista em leis extravagantes esparsas, recentemente no Código de Defesa do Consumidor e, agora, reconhecida no novo texto do Código Civil, como adiante será demonstrado.

No sentido dogmático, os princípios jurídicos são encontrados no ambiente de onde surgem todos os elementos que dão fundamento ao Direito e donde geram as regras, daí Canotilho (1992, p. 175) atribuir-lhes, como uma de suas funções, o caráter **normogenético**, porque geram as regras. Ou, como afirma Reale: “O Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes” (1991, p. 62).

É lugar-comum nos estudos propedêuticos dizer-se que não se pode conhecer o Direito se não se conhecem os princípios que são o seu arcabouço e a sua substância, sendo, portanto, impossível existir uma ordem jurídica sem sua inclusão. O sistema jurídico necessita de princípios ou dos valores que eles exprimem, como exigências, na dicção de Canotilho,

“[...] de otimização aberta a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos” (1992: 175).

Em análise à obra de Esser (*Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatechts*, Tübingen, 1956), Kelsen admite que as normas e princípios diferem: “Se existe uma diferença entre “princípio” e “norma”, princípio não pode ser norma”. Esser teria exposto:

Os princípios de Direito, ao contrário das normas jurídicas, são conteúdos em oposição à forma” e que “para o pensamento jurídico continental, a diferença entre princípio e norma é de extenso e maior alcance do que a distância entre princípio e regra (principle and rule) para o pensamento da Common-law (KELSEN, 1986, p. 149).

Perelman, também comentando a obra de Esser, diz que este autor “combina uma concepção mais flexível e mais sociológica do raciocínio jurídico com a busca de uma decisão judiciária que seja equitativa, sensata, em uma palavra, aceitável.” (1998, p.112).

Evidencia-se que os princípios diferem das regras. Ambos são normas, no entanto, os princípios gozam de uma qualificação distinta das outras categorias, as regras jurídicas. Essa compreensão é comum, aceita sem qualquer oposição.

Registra Perelman que, após os fatos ocorridos na Alemanha, depois de 1933, o Direito passou a ser visto distintamente da lei, tornou-se impossível “identificar o Direito com a lei”, no entanto, estaria o Direito identificado com os princípios,

[...] há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõe-se a todos aqueles para quem o Direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça (1998, p. 95).

Do ângulo dogmático, os princípios jurídicos são regras de outra qualificação, tanto no âmbito da interpretação e aplicação do Direito, como por serem dotados de um substancial conteúdo de valores consagrados na sociedade. Por trazer toda essa carga

valorativa, o princípio goza de uma inominável prestígio, o que faz distinguir de outras regras jurídicas.

Sobre o assunto, Ferrara dá sua contribuição, afirmando:

Todo edifício jurídico se alicerça em princípios supremos que formam as suas idéias directivas e o seu espírito, e não estão expressos, mas são pressupostos pela ordem jurídica. Estes princípios obtêm-se por indução, remontando de princípios particulares a conceitos mais gerais, e por generalizações sucessivas aos mais elevados cumes do sistema jurídico. E é claro que quanto mais alto se leva esta indução, tanto mais amplo é o horizonte que se abrange (1987, p. 160).

Se o princípio jurídico fosse um objeto material do qual pudéssemos estudar a substância, assim como o físico faz com o átomo, o biólogo, com a célula, poderíamos constatar que o núcleo de um princípio de Direito contém um conteúdo cujo substrato pode advir de um conjunto de valores historicamente aceitos e admitidos como verdades (SILVA, 1996, p. 79-89).

Existe uma “miscigenação” de valores a tecer o substrato de um princípio¹³ de Direito. Valores impregnados nos costumes, religiosos, ético-morais, políticos, econômicos, sociais, etc. são os “ingredientes” que comporiam a genética desse objeto. Levantados esses dados, que seriam o próprio cerne da coisa, o invólucro seria o princípio jurídico. Sendo, portanto, um somatório daqueles valores que, após tomar forma de preceito normativo, pode-se decompô-lo na seguinte fórmula:

$$P = C + (a \text{ e } b) + N$$

Donde:

P: é o princípio de Direito;

C: é o conteúdo, o substrato do princípio;

a: costumes de largo poder coercitivo;

¹³Saldanha entende que os princípios não são valores, embora tenham um conteúdo axiológico; nem são normas, “embora sua presença, no âmbito da realidade jurídica, se explique em função das normas”; os princípios seriam construções hermenêuticas (1998, p. 200-201).

b: valores adotados pela necessidade e sentimento coletivo;

N: a norma que positiva o princípio.

Demonstrando essa fórmula a partir do **princípio da boa-fé**, encontraríamos, como substrato desse princípio, a seguinte composição:

$$\mathbf{P} = \mathbf{C} + (\mathbf{a} \text{ e } \mathbf{b}) + \mathbf{N}$$

Donde:

P = princípio da boa-fé

C - valores religiosos, morais e éticos: agir corretamente, não enganar e não fazer mal ao próximo, de querer apenas o que se conquista honestamente, de agir com lealdade, de ajudar o próximo e jamais contribuir para sua ruína, etc.

a = a sociedade tem por costume punir aqueles que cometem o mal e causam prejuízos a outrem.

b = o valor que a sociedade preza nesta hipótese é a necessidade de um convivência social justa e harmoniosa.

N = **o princípio da boa-fé** existe como norma inerente a todos os negócios jurídicos.

Com esse método, não estamos afirmando que o processo de conhecer o princípio jurídico seja automático, mecânico, do tipo que se possa separar “peça-por-peça”, nossa pretensão é demonstrar que, por meio de um procedimento indutivo, tanto podemos conhecer e desmistificar um princípio, como utilizando um procedimento inverso, apresentar outros, criar novos princípios. O jurista teria recurso para tal tarefa. O que vai diferenciar é que esse novo princípio de “laboratório” não terá “alma”, faltar-lhe-á o reconhecimento coletivo, social, a legitimidade que é o “sopro” que mantém vivas as normas e os princípios jurídicos.

Quanto mais forem importantes os valores representativos do conteúdo, mais consistente e com menor possibilidade de ser modificada será a norma que os transforma em princípios.

Ehrlich ressalta que não se deve subestimar a tarefa que tem o jurista de retratar o conteúdo, de reduzir em forma de prescrição jurídica:

A inflexibilidade do procedimento e a pequena capacidade de expressão do Direito material muitas vezes constituem enorme dificuldade: é aí que reside o “formalismo” no direito. O formalismo é uma deficiência técnica que deve ser superada e não uma característica peculiar do Direito (1967, p. 155).

Nessa visão dogmática e sociológica, há princípios que atravessam séculos, sendo reverenciados e aplicados, sedimentando-se na cultura jurídica de um povo. Outros que não perduram tanto, alguns dependem de uma circunstância proveniente de um regime político, outros que entram no desuso.

Por conta de toda essa carga valorativa que lhes emprestam os dogmáticos de um lado e os sociológicos de outro, entendemos que, para a teoria retórica, os princípios são os **lugares específicos** do Direito, opiniões consideradas como verdades, através dos quais se fundamenta o silogismo retórico, o entimema.

[...] Se os princípios gerais do Direito nada mais são do que os lugares específicos do Direito, afirmações de ordem muito geral, com as que Aristóteles analisou nos Tópicos, e que analisamos no Tratado da Argumentação §§ 21 a 25), fornecem os princípios iniciais a um pensamento não especializado (PERELMAN, 1998, p. 159).

Sobre o princípio que cuida da retratabilidade implícita nos contratos de longa duração, que nada mais é do que a cláusula *rebus sic stantibus*, em artigo publicado em 1956, enfatizando que o “Juiz não pode assistir, como simples espectador”, a dramas sociais

“pungentes” por culpa do Estado, conclamando seus colegas magistrados a fazerem justiça, José Campos, então Desembargador do Tribunal de Justiça de Goiás, sublinhava:

Como acontece na geologia, no sistema legal de um povo há também dispositivos que se estratificam por superposição de causas e coisas que impedem o seu vigoramento, que os põem em estado de inércia, sem força, assim, atualizante. Depois, havendo choque entre um princípio geral imanente, tal como é a cláusula “rebus sic stantibus”, e um dispositivo, num mesmo sistema de direito, que brigam entre si quanto à intenção, é lógico que aquele, por sua própria qualidade, terá a força suficiente de revogar este. Tal dispositivo, pois, não constitui, nem pode constituir, impedimento à aplicação da cláusula em apreço.

.....

Razão por que, como princípios gerais de Direito, não poderá deixar de invocar e aplicar, pondo de lado a soberania do contrato, o tabu do “pacta sunt servanda”, a cláusula “rebus sic stantibus”, com um dos mais salutareis, com o fim de se poderem rever os contratos e adaptá-los à realidade dos fatos, sem prejuízo para ninguém. (1956, p.41).

Toda essa visão de que no princípio é onde se vai encontrar o substrato com que se amolda o Direito, o que lhe fundamenta; outra maneira de dizer que o princípio é forma – tão essencial quanto necessária – para o Direito, o que não teria sentido sem o conteúdo preexistente, não passa de apelos discursivos, tão bem explicados pela retórica.

2.7 - ANOTAÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Direito Positivo brasileiro contempla o princípio geral de direito no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil como um meio de que se vale o juiz quando não existir regra expressa prevendo a solução do litígio. Nenhum outro dispositivo na legislação brasileira chama a atenção para a questão da aplicabilidade do princípio geral de direito, o que não significa que sua função só se prestaria quando tivesse que socorrer o juiz na solução do litígio por existência de lacunas na lei .

Pela leitura desse mesmo dispositivo, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os **costumes** e os princípios gerais de Direito. A aplicação dessas fontes alternativas, apesar de virem na seqüência, não há – do ponto de vista meramente formal – qualquer preferência no momento em que são requisitadas.

A faculdade de utilização dessas fontes é dada, no plano jurisdicional, exclusivamente ao juiz, e somente ocorre quando houver lacunas na legislação. Atente-se ara a época em que a lei foi promulgada, porquanto não se cogitava, no pensamento jurídico, da possibilidade de o juiz adotar, em suas sentenças, princípios gerais de direito havendo dispositivo normativo que pudesse ser aplicado no caso concreto.

Entendemos ainda que essa restrição do dispositivo, em comento, de tais fontes serem requisitadas somente em caso de lacunas, não atende ao que chamaríamos de uma boa aplicação do Direito, porque mesmo não havendo lacunas o intérprete terá que ter uma consciência mais social e humana da lei.

Anota Perelman que, para os juristas suíços, o recurso aos princípios gerais de direito “pertence à técnica do preenchimento de lacunas e, para os juristas alemães, interpreta-se recorrendo a um princípio geral do direito e preenche-se uma lacuna recorrendo a um raciocínio por analogia” (1998, p. 65).

Em outro momento, observa Perelman que, acaso não fossem os princípios gerais de direito concernentes ao **respeito da dignidade da pessoa humana**, “reconhecido pelas nações civilizadas”, os crimes cometidos pelo nazismo teriam ficado impunes por conta de outro princípio de Direito Penal, *nullum crimen sine lege*. A partir desse momento histórico, após a Segunda Guerra e o processo de Nuremberg, os tribunais passaram a dar maior prestígio aos princípios gerais de Direito, “comuns a todos os povos civilizados.” (1998, p. 102-103).

Um exemplo aceito como pretensão universalista do princípio geral de direito é citado por Perelman, como o Direito de defesa: *auditor et altera pars* (1998, p. 104). Citaríamos mais o da irretroatividade da lei, boa-fé, segurança jurídica e o da reserva legal.

A ordem jurídica – como de resto a doutrina e a jurisprudência – ainda não se dispuseram a enumerar e a quantificar os princípios gerais de direito. É difícil distinguir quando eles estão expressos em normas, impossível tarefa é saber quais e quantos são os inexpressos que gravitam em torno da ordem jurídica. A um desses aspectos, que seria saber onde estão localizados, Grau responde que “Os princípios gerais de direito não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior” (2000, p.46).

Os princípios gerais de direito, independente da ordem de discussão: se são somente valores, ou somente normas, ou ambos, seriam, nesses enfoques, encontrados no ordenamento jurídico.

É bem certo que a produção do Direito já atingiu um estágio em que há uma variedade infinita de princípios gerais de pronto atendimento para solução dos litígios. Toda essa produção decorre da própria dinâmica do ordenamento jurídico que, por sua vez, tenta acompanhar as transformações e mudanças que ocorrem na sociedade, dignas de serem jurisdicizadas.

Do ponto de vista histórico, qualquer indagação que se faça sobre a origem dos princípios gerais de direito, temos que responder a partir das “regras justianéias, e em seguida pelas coletâneas de máximas medievais, que vão haurir no jusnaturalismo a seiva da sua opulência mais vigorosa” (FRANÇA, 1977, p.34).

A expressão “princípios gerais de direito”, utilizada no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, foi em sua trajetória, interpretada como **princípio do direito natural** ou do **direito romano**, como assinala Hermes (1989, p. 155); **espírito da lei**, como aduz Beviláqua, no sentido de equidade (1975, p. 44), ou mesmo como entende Bobbio,

dizendo ser um procedimento de auto-integração do Direito tradicionalmente conhecido pelo nome de *analogia iuris*, de utilização universal (1989, p. 157).

[...] correspondem àquele ordenamento imanente às relações da vida (natureza das coisas), no qual o próprio legislador vai haurir os seus mandamentos; têm um caráter universal, perdurando uns através dos tempos, outros se modificando, para acomodarem-se à evolução das instituições sociais, políticas, morais, econômicas, de que resultam sérias transformações na ordem jurídica (ESPÍNOLA, 1995, p.118).

Os princípios gerais de direito apresentam-se como de uma aceitabilidade incontestável, e tudo isso faz crer que a tendência é cada vez serem utilizados como estratégias retóricas, para serem aplicados como forma complementar do Direito normativo, a justificar sua aplicação a complexidade da vida moderna e suas mudanças rápidas e contínuas. De verdade, o que se pode dizer é que novos fatos sociais vêm ocorrendo com a velocidade que tem deixado o legislador em posição bastante retardatária, a demonstrar sua incapacidade de disciplinar os acontecimentos. Daí porque, na ausência de norma específica e por dever de julgar, *non liquet*, o juiz tem se salvado aplicando os princípios gerais de direito.

O recurso aos princípios gerais de direito, tem-se constituído, portanto, um fenômeno universal, “mesmo em países cujos Códigos silenciaram a respeito, a doutrina se encarregou de dar a esses princípios foros de regra obrigatória. O alcance do atributo de preencher os vazios da lei dão-lhes um caráter amplíssimo e elástico” (FRANÇA, 1977, p. 33).

No mesmo sentido, confirma Perelman, dizendo que houve uma “mudança de atitude das Cortes de Cassação, mesmo as mais conservadoras e mais respeitadas da vontade do legislador” (1998, p. 117).

A consagração dos princípios gerais de direito no ordenamento jurídico brasileiro tem duas fases distintas: antes do Código Civil de 1916, e a partir de sua vigência, em 1º de janeiro de 1917.

A realidade é que, talvez por influência do art. 7º do Código austríaco, tenham-se confundido esses mesmos princípios como sendo de direito natural,

[...] não faltaram escritores, principalmente na Itália, sustentando que os princípios a invocar são dos do direito natural, indicado por Brunetti como um direito, “que vive e se desenvolve continuamente na consciência coletiva, sendo os seus princípios que informam o espírito do direito positivo (ESPÍNOLA, 1995, p. 112).

O Direito Positivo brasileiro, que antecedeu o Código Civil de 1916, não fazia referência expressamente à denominação princípios gerais de direito, não se cogitava com esse *nomen juris*.

Lembra Beviláqua (1975, p. 44), que a lei de 18 de agosto de 1769, § 14, declarava que a **boa razão** constituía o espírito das leis; boa razão que, no § 9º, explicara consistir nos princípios gerais da ética, nas regras universais do Direito das gentes.

Os projetos que antecederam à aprovação do Código Civil de 1916, sofreram, como era de se esperar ante a efervescência intelectual advinda do século XIX, influências das correntes do pensamento jurídico dominante na época: o positivismo vicejando em contraste com o declínio do jusnaturalismo foram determinantes para os juristas embasarem as suas proposições. Assim deu-se com o jusnaturalista Felício dos Santos, autor de um dos projetos, ao contemplar, no art. 56, a expressão **princípios gerais de Direito natural**.

Pela linha positivista, o Projeto Coelho Rodrigues, no art. 38, previa que, na omissão da lei, aplicar-se-iam as disposições dos casos análogos e, na falta desses, os princípios que se deduzem do espírito da lei (NEVES, 2000, p. 373).

Nabuco de Araújo – contratado em 1873 para elaboração do Código – teria morrido “de puro cansaço, sem quase nada produzir, já na sua prorrogação” (Neves, 2000, p. 369-370). Foi, contudo, o primeiro projeto a adotar a expressão **princípios gerais de direito**, ressaltando, contudo, em seu projeto que a esses princípios deveria o intérprete recorrer até haver providência legislativa.

Finalmente, Clóvis Beviláqua, professor da Faculdade de Direito do Recife, em seu projeto, adotou a expressão **os princípios que se deduzem do espírito da lei**, redação adotada no Projeto de Coelho Rodrigues, tendo sido, contudo, modificado na Comissão Revisora que preferiu a consagrada por Nabuco de Araújo. Sobre esse momento histórico, registra França que a "redação com que se converteu em lei, quanto à ordem das expressões e ao aspecto estilístico, é da lavra do Cons. Rui Barbosa, e assim foi levada a efeito." (1977, p. 36), recebendo, como redação final, o seguinte texto: **Aplicam-se, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito.**

Com base em tais possibilidades, de evocar os princípios gerais de direito, entendeu o Judiciário de introduzir a **teoria da imprevisão** no ordenamento jurídico nacional.

Observe-se que pela literalidade do dispositivo, os princípios somente deveriam ser convocados para solucionar o litígio em caso de omissão na Lei, porquanto, havendo dispositivo na legislação não haveria como justificar a sua aplicação.

Desse modo, **quanto a teoria da imprevisão**, a jurisprudência teve que se movimentar em duas direções: a primeira foi aplicar princípios gerais como da boa-fé e da equidade, quando não havia omissão na Lei; a segunda foi aplicar os princípios gerais contra essa Lei, com o fito de dar uma solução justa, no sentir do intérprete, somente possível aplicando a teoria da imprevisão.

CAPÍTULO TERCEIRO

A VONTADE COMO FENÔMENO JURÍDICO

3.1 - EM TORNO DO SIGNIFICADO DA VONTADE

O estudo sobre a vontade como fenômeno jurídico tem ligação com o tema desta tese. A vontade das partes está na essência da relação contratual. A teoria da imprevisão, nas hipóteses em que é admitida, leva em consideração os motivos propulsores das vontades dos contratantes, quando da realização do contrato. O fato imprevisível, quando desequilibra o contrato a ponto de onerar excessivamente um dos contratantes, em benefício do outro, modificando a **vontade**, naturalmente, do contratante prejudicado, põe em xeque a continuação do negócio.

A vontade não é uma espécie particular do Direito, é um fenômeno que pode ser trabalhado em vários ramos do conhecimento, como a Filosofia, a Psicologia, a Fisiologia, a Física, a Sociologia, a Ética, etc. No campo meramente jurídico, a teoria geral do Direito, as teorias gerais que tratam dos atos jurídicos e das obrigações em geral.

Kant faz uma relação direta entre vontade e liberdade, definindo **vontade** como sendo,

[...] uma espécie de casualidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa casualidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determine, assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à actividade pela influência de causas estranhas (1986, p. 93).

A **vontade livre**, aquela que não obedecesse a qualquer regramento, para Kant, seria um absurdo, a vontade teria que estar submetida “a leis morais”,

[...] vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa. (1986, p. 94).

A vontade é tema explorado desde a antiguidade grega sempre associado à questão do livre arbítrio e do determinismo, sem esquecermos do aspecto religioso e moral que ajudam a explicar o que venha a ser “essa causalidade dos seres vivos”.

A teoria do livre-arbítrio e a do determinismo “alimentam a pretensão de explicar o mecanismo da vontade humana” (Lessa, 2000, p. 123). O livre-arbítrio é agir sem quaisquer influências sejam elas conscientes ou inconscientes, quaisquer que sejam são irrelevantes. O indivíduo “é autor, o criador, de seus atos”, sem qualquer influência. Enquanto, para a doutrina do determinismo, a vontade provém de influências pessoais que habitam o *eu* do indivíduo e mais as influências externas, do meio, etc.

No Livro III de “Ética a Nicômacos”, Aristóteles nos parece ser defensor da teoria do livre arbítrio. Inicia distinguindo as ações voluntárias – as quais seriam “louvadas e censuradas” das ações involuntárias que seriam “perdoadas, e às vezes, inspiram piedade” (1992, p.49). Quem faz o mal e não sente a dor age involuntariamente. Em outro momento,

Aristóteles passa a examinar a “escolha”, afirmando que não é a mesma coisa de um ato voluntário.

De fato, tanto as crianças quanto os animais inferiores são capazes de ações voluntárias, mas não de escolha. Também definimos os atos repentinos como voluntários, mas não como o resultado de uma escolha. [...] a escolha requer o uso da razão e do pensamento. (1992, p. 54).

Nesta outra passagem, realça:

Com efeito, onde está ao nosso alcance agir, também está no nosso alcance não agir, e onde somos capazes de dizer “não”, também somos capazes de dizer “sim”. (1992, p. 57).

Para Aristóteles, o homem é o **originador** e o **gerador** de seus atos.

[...] se é evidente que o homem é a origem de suas próprias ações e se não somos capazes de relacionar nossa conduta a quaisquer outras origens que não sejam as que estão dentro de nós mesmos, então as ações cujas origens estão em nós devem também depender de nós e ser voluntárias. (1992, p. 57).

Teria sido, também, defensor da teoria do livre-arbítrio, Descartes, nas *Meditações IV – Do Verdadeiro e do Falso* – diz ter o homem o poder de conhecer e o de escolher, que seria o livre-arbítrio; contudo, o entendimento das coisas lhe guiaria as ações. Deus teria dado ao homem o livre-arbítrio, uma vontade ampla e perfeita, sem qualquer limite, “para afirmar ou negar, perseguir ou evitar as coisas que o entendimento nos propõe, nós agimos de tal maneira que não sentimos que nenhuma força exterior nos constrange” (1996, p. 300-303).

Ser livre para Descartes não é ser indiferente na escolha de uma opção ou de outra que lhe seja contrária; qualquer decisão é sempre uma escolha pessoal, ainda que Deus “fale” ao coração qual a que devemos deliberar,

[...] quanto mais ou pender para um, seja porque eu conheça evidentemente que o bom e o verdadeiro aí se encontrem, seja porque Deus disponha assim o interior do meu pensamento, tanto mais livremente o escolherei e o abraçarei.

E certamente a graça divina e o conhecimento natural, longe de diminuir minha liberdade, antes o aumentam e a fortalecem. De maneira que esta indiferença que sinto, quando não sou absolutamente impelido para um lado mais do que para outro pelo peso de alguma razão, é o mais baixo grau de liberdade, e faz parecer mais uma carência no conhecimento do que uma perfeição na vontade; pois, se eu conhecesse sempre claramente o que é verdadeiro e o que é bom, nunca estaria em dificuldade para deliberar que juízo ou que escolha deveria fazer; e assim seria inteiramente livre sem nunca ser indiferente (1996, p. 302-303).

Modernamente, Siches enfatiza que o homem tem o livre-arbítrio, não por estar munido de uma determinada potência ou de uma certa energia, mas porque sua situação essencial, relativamente à circunstância que o envolve e o processo de vida, coloca-o sempre diante de uma pluralidade limitada e concreta de possibilidades, isto é, de caminhos a seguir e, portanto, impondo-lhe decidir-se por si mesmo, por sua própria conta, sob sua responsabilidade (1995, p. 85).

A ligação entre vontade, religião e moral persistiu no tempo, chegando até os nossos dias pela palavra de filósofos cristãos, como é o caso de Jolivet, para quem toda vontade deve estar voltada para o bem, a liberdade do homem estaria condicionada à escolha que fizesse; acaso escolhesse o mal, não gozaria dessa liberdade.

A vontade é o princípio mais alto da atividade humana. Ela se opõe ao instinto, como uma atividade refletida se opõe a uma atividade inconsciente e fatal. Por ela, o homem se torna verdadeiramente “pai de seus atos” (1959, p. 215).

Jolivet também define a vontade como sendo “a faculdade de perseguir o bem, conhecido pela razão” (1959, p. 215). A vontade seria um princípio de atividade inteligente, livre – capaz de determinar-se a si mesma – e ordenada ao bem.

Vimos em Kant que vontade é de quem está vivo e própria dos seres racionais. Outro aspecto, menos aparente, são os mecanismos existentes no interior da pessoa humana onde se processa a **vontade**. Investigando sobre o assunto, Reale enfatiza:

A pessoa humana tem convicção da realidade do mundo interior pela experiência imediata de sua vontade, pelo que se dá na intuição volitiva. É ela que nos possibilita a compreensão da existência, assim como o conhecimento do mundo histórico. É ela que parece resolver, afirma DILTHEY, o mistério recalcitrante da origem e da legitimidade de nossa convicção acerca da realidade do mundo exterior. Para a mera representação o *mundo exterior* não é mais que fenômeno, enquanto que para o nosso ser volitivo, afetivo e representativo, considerado na sua integridade, o mundo exterior se nos dá ao mesmo tempo que o nosso eu, com igual segurança: apresenta-se-nos como vida e não como simples representação. (1991, p. 140).

Reale consta que vem ocorrendo na Filosofia contemporânea uma revalorização dos processos intuicionais, no sentido de mostrar que o homem não é apenas um portador da razão, nem tampouco um ser que só pela razão logra atingir o conhecimento.

Há certas coisas que só se conhecem plenamente através dos elementos que a afetividade, a vontade ou a intelecção pura nos fornecem (191, p. 140).

Não se pode negar ao homem o livre-arbítrio, seria negar-lhe a sua própria condição de humano. A questão que se deve colocar, nos tempos atuais, é quanto ao exercício desse direito, porque há situação em que nada impede o cidadão de exercer plenamente a sua vontade, como ocorre de o seu livre-arbítrio ser limitado em outros momentos. Há, porquanto, que se aferir em graus, a depender do tipo da relação do indivíduo com o mundo.

Tratamos aqui do livre-arbítrio *latu sensu*, que inclui a liberdade moral, física ou de agir. Comumente, na prática e nos escritos jurídicos, ambas se confundem. Na liberdade física, ou de agir, o indivíduo faz o que quer, porque não há obstáculo, nada o impede de fazer, tem o poder de agir de acordo com a vontade; de tal prerrogativa gozam até os animais. São ações que não dependem de escolha, como se refere Aristóteles “[...] a escolha requer o uso da razão e do pensamento” (1992, p. 54).

Constitui liberdade moral a prerrogativa de poder escolher entre qualquer das alternativas contrárias que se apresentem àquela que a vontade optar, porquanto, só ao ser humano é dada essa liberdade.

Doutrinas de ramos diferentes tratam de explicar a vontade no enfoque determinista: a doutrina do determinismo mecânico, do determinismo fisiológico e a doutrina do determinismo psíquico ou psicológico. A primeira firma-se no sentido de que há uma força que “atua sobre um corpo, para lhe modificar o estado de repouso ou de movimento”. O indivíduo agiria mediante o impulso dessa força, como uma pressão.

A doutrina do determinismo fisiológico explica a vontade como uma resposta dos instintos, temperamento, sentimentos, ambiente, etc. Por fim, o determinismo psíquico, que leva em consideração tanto o lado que trata o determinismo fisiológico como acrescenta as “idéias, o pensamento, o raciocínio, os conhecimentos científicos.” (LESSA, 2000, p. 127).

Em qualquer de suas vertentes, a vontade é atributo do elemento humano, uma atividade pessoal. Há um espaço na mente humana onde se processam os motivos e os impulsos, conscientes e inconscientes que compõem o “eu” de cada um. E há um momento em que essa vontade é externada, ela se torna conhecida. Dependendo das condições de como ela se manifesta e dos efeitos que irá produzir, poderá provocar situação que interessa ou não aos domínios do jurídico, como aquela de que trata Boson:

[...]um conceito que expressa a unidade inteligível de atos conscientes, livremente praticados pelo homem, visando à obtenção de um ou mais resultados (1993, p. 92).

Em síntese, no primeiro momento, a vontade está no plano mental, na instância seguinte, no plano factual. A dimensão jurídica é apenas um de seus efeitos, porquanto o

Direito não tem a pretensão de exaurir tudo que decorre da vontade humana, apenas o que interessa aos seus domínios. Por sua vez, a vontade independe de qualquer regramento estatal. O Direito legislado procura proteger o exercício dessa “causalidade”, tanto é que coíbe qualquer meio que desvirtue a livre manifestação de vontade. O Direito legislado já pegou a vontade como um direito inerente ao homem.

3.2 - A VONTADE NO ESPAÇO JURÍDICO

Nos casos que recebem tratamento da teoria da imprevisão, é facilmente demonstrável a importância da vontade como uma tomada de decisão no plano fático, com repercussão no plano jurídico.

A questão central, que sempre alicerçou a cláusula *rebus sic stantibus* desde seu nascedouro, é o desaparecimento das razões que motivaram o surgimento da vontade inicial de contratar, que ocorre por conta de acontecimentos supervenientes durante a execução do contrato. Dessa forma, os atos das partes são guiados por uma vontade que se manifesta antes do fechamento do negócio, e que para esse negócio perdurar até serem ultimados seus atos executórios, as razões que motivaram essa mesma vontade devem estar presentes. A vontade é a própria pretensão de resistir às modificações ocorridas por atos supervenientes; caso contrário, apela-se para a revisão ou resolução do contrato, e aí precisar-se-á articular uma estratégia retórica, como a **teoria da imprevisão**, para desconsiderar o *pacta sunt servanda*, a irretratabilidade do contrato.

A vontade preenche um espaço vital nas relações jurídicas, notadamente naquelas de direito privado.

Em face da complexidade da vida moderna – frente a alguns serviços que são fornecidos à coletividade e considerados básicos na vida urbana – a vontade individual perdeu substancialmente o atributo de liberdade que detinha no alvorecer do século passado. Os contratos de adesão, os contratos de fornecimento de serviços, como energia, água, telefone, etc., demonstram que a vontade consciente e livre de contratar é uma utopia. O cidadão é levado continuamente a abrir mão em prol de exigências muitas vezes arbitrárias, restando-lhe, como uma única alternativa, buscar o Poder Judiciário.

Sobrevive, no entanto, em alguns negócios privados, a possibilidade de a vontade ser ato consciente e livre. Ainda assim, nem tanto livre, porque, devendo obediência à lei, a vontade individual, quando ocorre de se materializar, seja por meio de manifestações ou declarações, está vinculada a uma outra vontade, dessa feita, a do legislador.

Com efeito, existem ordinariamente manifestações de vontade que são de outra natureza, sem qualquer conteúdo identificável com o Direito, o que não significa dizer que hipoteticamente poderia se atribuir valor jurídico “...a lei os faz jurídicos e lhes atribui efeitos, quer os tenham querido, ou não, as pessoas que os praticarem” (MIRANDA, 1999, p. 133).

Vontade é uma das condições de validade do ato jurídico, que se exterioriza por meio de manifestação ou declarações, “[...] estão aptas a serem elemento de suporte fático de fato jurídico, com ou sem o intuito de eficácia jurídica de tal fato” (MIRANDA, 1999, p. 129).

O Direito construiu teorias que procuram explicar a relação e os efeitos entre a vontade efetiva ou real e a vontade negocial, que se diz àquela materializada na declaração, podendo ser destacadas a teoria voluntarista ou comumente conhecida como teoria da vontade; teoria da declaração ou declarativa; teoria da responsabilidade e teoria da confiança.

Os teóricos voluntaristas dão importância maior à intenção do que a declaração. Ocorrendo divergência, o negócio poderá até ser extinto.

O negócio não pode valer com o conteúdo querido porque este não foi declarado, e não pode valer com o conteúdo declarado porque este não foi querido. (ANDRADE, 1992, p. 155).

Essa teoria – adotada pelo Direito brasileiro – confere à vontade um *status* de dogma, sem a qual não haveria negócios jurídicos. A intenção sobrepõe-se à declaração, ainda que esteja revestida de todos os aspectos formais, estando em desacordo com aquilo que foge ao verdadeiro desejo da parte, o negócio estará sujeito a ser extinto, nulo. Apegou-se, portanto, que, nas declarações de vontade, o fundamento “está na essência do que é querido (DASEIN DES WALLENS), a vontade dirige-se diretamente à criação ou extinção de relações jurídicas.” (ALMEIDA, 1992, p.70).

A teoria da vontade, formulada numa época em que o individualismo estava tão em voga, perdeu o *glamour* de sua importância. Muito no meio da intelectualidade jurídica que cuidou de refutá-la e apresentar outras em substituição, do que propriamente perante ordenamentos jurídicos apegados a essa tradição, como é o caso do Brasil, que adotou, no Código Civil de 1916 e, também, no novo texto vigente desde de 12 de janeiro de 2003.

O Direito brasileiro adota a teoria voluntarista sem qualquer exacerbação, adaptando-a às transformações e necessidades sociais e à evolução dos negócios jurídicos. A adoção dessa teoria – em que pesem as duras críticas que lhes são feitas – revela-se de muita importância em um país em que o cidadão comum de boa-fé é assediado e motivado por todos os meios, diuturnamente, a realizar negócios sob argumento de serem ótimos, quando, depois, constata-se que são diametralmente opostos ao que tinha querido, almejado.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) é uma demonstração inequívoca da opção do Direito brasileiro à teoria da vontade. Nesse sentido, é emblemático o art. 47 dispondo sobre a *interpretatio contra stipulatorem*, segundo o qual: **As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.** Porque o consumidor é quem está mais vulnerável a ser lesado em sua vontade real. O direito de desistir do contrato, no prazo de sete dias, mesmo tendo recebido os produtos ou prestado o serviço; e o direito de receber os valores eventualmente pagos, *monetariamente atualizados*, previstos no art. 49 *caput* e § único, dentre outros espalhados em todo seu texto, inclusive que tratam das condições gerais do contrato e cláusulas abusivas, retratam que há uma supremacia da intenção real do indivíduo, hipossuficientemente protegida pelo Estado em confronto com a vontade manifestada na declaração, firmada pelas partes.

Prevê o CDC a **teoria da imprevisão** apenas no seu aspecto de onerosidade excessiva para o devedor, nos dispositivos do art. 6º, como direito básico do consumidor, dispondo, no inc. V, que a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O prestígio de que goza o Código do Consumidor perante a sociedade brasileira, tendo se firmado nessa última década como um eficaz instrumento de garantia do cidadão-consumidor contra o voraz e inescrupuloso mercado fornecedor de bens e serviços, demonstra que, na realidade brasileira, cabe muito bem a teoria da vontade, dessa feita permutando o individualismo cego por uma intervenção estatal moderna e instrumentalizada que busca o mesmo fim: fazer prevalecer a vontade real do consumidor independentemente do que está escrito na declaração.

É sabido que nas declarações de vontade existe o componente externo que é a vontade manifestada, a forma como se apresenta; e o componente interno – o conteúdo – que é a vontade de realizar o negócio, chamada de vontade negocial. Pois bem, para que esteja dentro do padrão visado por lei, é preciso que a vontade manifestada na declaração corresponda à vontade negocial (= real). Por vezes, pode haver divergência, falta de sintonia: a declaração não corresponder à vontade negocial, daí surgir o “vício da vontade, como irregularidades no processo de formação do consentimento, que viciam o negócio jurídico, unilateral ou bilateral, tornando-o susceptível de anulação” (GOMES, 1972, p. 412-413).

Pelas lições da doutrina, a vontade não pode ser contaminada de ignorância, porque, se tal ocorrer, é possível que o negócio seja anulado. Trata-se do que se denomina **erro da vontade**.

A vontade se determinou com defeituoso conhecimento de causa. O erro é uma falsa representação. [...] O agente emite sua vontade de modo diverso do que a manifestaria, se deles tivesse conhecimento exato, ou completo. Crê verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro (DONEAU).” (GOMES, 1972, p. 416).

Em outra hipótese, “se o erro foi provocado por maquinação da outra parte, ou por ela ilicitamente dissimulado, fala-se então de dolo”. Naturalmente, a vontade tem que ser manifestada livremente, “se a vontade se determinou sem liberdade exterior, sob a pressão de violência ou ameaça, temos a coação.” (ANDRADE, 1992: 227).

Há, ainda, os denominados vícios sociais, ou vícios de declaração: a **simulação** e a **fraude contra credores**, ambos não afetam a vontade, posto que o indivíduo não participa da formação ou da motivação da declaração, contudo, o ato torna-se imprestável, por ser o mesmo contrário à lei.

A **teoria da imprevisão** poderá ser aplicada a partir do argumento de existência de vício de consentimento, visto que a parte não contratou com as condições que foram alteradas com os fatos imprevisíveis. A **vontade negocial** pode ser vista como uma premissa do silogismo retórico que fundamenta a revisão ou a resolução do contrato.

São diversos dispositivos na legislação em que a referência à vontade é explícita, contudo, de todos, o art. 112 do novo e vigente CCB, que reproduziu quase com as mesmas palavras o art. 85 do Código de 16, realça vivamente, de forma inequívoca, o predomínio da teoria voluntarista, a intenção como elemento nuclear do ato volitivo, demonstrando que a declaração deve reproduzir a imagem fiel da vontade real. Diz o dispositivo citado:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Não basta o que está contido na declaração como presumível expressão da vontade, é preciso que reflita a intenção, o verdadeiro querer do indivíduo para a prática do ato. Tida como regra de interpretação, entende o STF que a desconsideração da intenção da vontade da parte viola o preceito do art. 85 (RT, 518:229), portanto, sujeitando o negócio jurídico ser anulado.

Vários dispositivos espalhados pelo Código Civil de 1916 e o atual falam da vontade. Selecionamos alguns desses dispositivos: dispunha o inc. II *in fine* do art. 53 que, mesmo as coisas sendo indivisíveis, podem, pela vontade das partes, ser divisíveis. No novo Código, corresponde ao artigo 88.

Tratando dos defeitos dos atos jurídicos, os arts. 86 e 88 do Código revogado dispunham que, quando às declarações de vontade emanarem de erro substancial são anuláveis. Os dispositivos correspondentes, no novo Código, são os arts. 138 e 139, II.

A transmissão errônea de vontade por instrumento ou por interposta pessoa, capaz de ensejar a nulidade da declaração, estava prevista no art. 89 do Código revogado. No novo Código corresponde ao art. 141.

O art. 129 do Código revogado dispunha, como regra geral, sobre a forma dos atos jurídicos e de sua prova, diz que a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. No novo Código, o dispositivo correspondente é o art. 107, com igual redação:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

O art. 134, § 1º, “d”, do Código revogado dispunha que as escrituras públicas devem conter manifestação da vontade das partes e dos intervenientes. O dispositivo correspondente no novo Código é o art. 215, § 1º. IV.

Em outros tantos dispositivos, encontra-se explícita a palavra vontade e, em outros, implicitamente. Todos, no entanto, posicionam a vontade como a viga central da validade do ato jurídico.

Por essas considerações, constata-se a pertinência do estudo da vontade no tema desta tese, isso porque a teoria da imprevisão busca resgatar a vontade negocial que os fatos imprevisíveis romperam ao provocar um desequilíbrio contratual não almejado pela parte prejudicada com o evento. A possibilidade da revisão do contrato – como uma das hipóteses do emprego dessa teoria - poderá ressurgir a vontade negocial primitiva e o contrato continuar seu curso até o termo final.

CAPÍTULO QUARTO

TEORIAS REVISIONISTAS DOS CONTRATOS: EM TORNO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

4.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As teorias revisionistas, como denominamos todas aquelas que visam a explicar o porquê e como deve ocorrer a revisão ou a resolução dos contratos, têm entre si os mesmos propósitos, desde antes firmados pela cláusula *rebus sic stantibus*, por meio de estratégias retóricas, de persuadirem sobre a necessidade e a oportunidade de revisar ou de resolver os contratos.

O dever de cumprir o que está previsto em contrato é uma obrigação que as partes assumem como regra própria do negócio. O contrato tem uma existência efetiva, que se materializa por meio de um instrumento de acordo de vontades. No enfoque dogmático, o contrato é lei entre as partes; na perspectiva retórica, é uma realidade lingüística, situado no campo da **retórica material**.

O que as teorias revisionistas pretendem é excepcionar a regra: se o dever de cumprir o contrato é uma regra, a exceção seria vê-lo revisado ou resolvido, sem

consentimento unânime dos contratantes. As teorias revisionistas, portanto, utilizam um argumento persuasivo para fundamentar o rompimento da irretratabilidade contratual. Todas essas teorias, no enfoque da retórica, estariam no campo das **retóricas práticas**, seriam estratégias, “técnicas e experiências eficientes para agir – ou seja: compreender, argumentar, persuadir, decidir...” (ADEODATO, 2002, p. 268).

Nesse contexto, nada mais entimemática do que a cláusula *rebus* que é **inexpressa**, contudo, existente, ocultamente, nos contratos.

As teorias revisionistas, em torno da cláusula *rebus sic stantibus* são, portanto, estratégias retóricas que buscam fundamentar a possibilidade de os contratos serem revistos ou resolvidos, apresentam-se com variados argumentos, embora se fundamentem nas mesmas premissas.

4.2 – AS TEORIAS REVISIONISTAS E SEUS PARADIGMAS RETÓRICOS

Da época bartolista (século XIV) até o final do século XIX, vingou apenas, sem qualquer outra denominação teórica, o nome da cláusula *rebus sic stantibus*, quando se pretendia resolver os contratos de longa duração atingidos por situações que modificavam as condições iniciais do negócio.

Antes mesmo de eclodir a hecatombe de 1914/1918, alguns juristas já haviam retomado o estudo e a preocupação em formular teorias sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, ou, pelo menos, com o mesmo elemento nuclear de preocupação: a revisão ou resolução dos contratos.

Nas palavras de Soriano, “[...] o problema mais angustiante é a justificativa para quem aceita a cláusula *rebus sic stantibus*. Extremam-se as opiniões, no invocar um fundamento doutrinário à cláusula.” (1940, p. 79).

O próprio Soriano admite que há dois grupos de teorias “perfeitamente distintos, abrangendo cada qual um punhado de teorias (1940, p. 79). O primeiro grupo fundamenta-se “sobre a noção mesma do ato jurídico, ou mais precisamente, do contrato”. No outro grupo, concentram-se as teorias que têm fundamento ético, “a refletir-se, pela equidade ou pela boa fé, no campo jurídico.” (1940, p. 79).

Essa divisão das teorias em grupo, de que fala Soriano, é meramente didática, posto que, simplifadamente, todas elas deságuam na mesma finalidade de revisar ou resolver os contratos; diversificam os *topos*, mantendo a mesma base entimemática: a proteção do justo *versus* a condenação do injusto.

Há uma abundância de teorias. Reunir todas é uma tarefa que nos pareceu inútil para este nosso trabalho. Sobre algumas que tiveram maior repercussão, teceremos comentários: **teoria da pressuposição** de Winscheid; **teoria da vontade eficaz** de Kaufmann; **teoria da vontade marginal** de Osti; **teoria da base do negócio** de Oertmann; **teoria do erro** de Giovène; **teoria da situação extracontratual** de Bruzin; **teoria do dever de esforço** de Hartmann e **teoria com fundamento na moral** de Ripert e Voirin.

Adotamos, como método desta exposição, apenas prestar algumas informações a respeito de cada uma dessas teorias. Podemos adiantar, desde logo, que a jurisprudência brasileira não tem demonstrado a importância dessas teorias. Pelo contrário, as poucas referências, constantes em alguns acórdãos pesquisados e anotados no Capítulo Quinto, são impropriamente citadas, denotando que não há domínio de conhecimento sobre a matéria. Os

arestos se reportam, ora à cláusula *rebus sic stantibus*, ora à teoria da imprevisão. Frequentemente constam as duas denominações.

1. Windscheid: **teoria da pressuposição**. Considerada como a teoria “precursora das modernas construções que visam a justificar a revisão judicial do contrato” (Maia,1959, p. 156). Para Windscheid, a pressuposição é uma limitação da vontade. Isso quer dizer:

[...] quem manifesta uma declaração de vontade sob certo pressuposto, quer, da mesma forma que aquele que a emite condicionada, que o efeito jurídico venha a existir somente dado um certo estado de relações. Se aquele subsiste sem verificar-se a pressuposição, isto não corresponde ao querer verdadeiro do autor da declaração de vontade, o qual, assim prejudicado, se poderia defender contra o beneficiado, tanto com uma exceção, como instituindo, por sua vez, uma ação tendente a fazê-lo cessar (FONSECA, 1943, p. 203).

Tal teoria foi criticada por entenderem seus opositores que a “pressuposição” argüida por Windscheid é o mesmo que se falar em motivo, e o motivo é um erro na manifestação de vontade que não autoriza as partes a rescindirem o negócio, “*el error en los motivos, como es sabido, no autoriza al declarante, al menos inter vivos, a desligarse de sua declaración, aun quando la outra parte hubiese conocido el motivo, e incluso el declarante se lo hubiese comunicado*”(LARENZ, 1956, p. 21).

Em verdade – recorda Soriano – já houve quem dissesse que “toda pressuposição é um motivo, mas nem todo motivo é uma pressuposição”.

Não seria somente esta objeção, dos motivos como causa, porquanto aí se estaria emprestando excessiva importância aos mesmos. Outras críticas são apontadas, como sendo o fato de deixar a cargo de uma das partes o poder de tomar, ou não, eficaz o contrato,– e outra seria a crítica quanto às “pressuposições tácitas”, estas atentariam contra a “estabilidade de operações jurídicas concluídas”. (SORIANO, 1940, p. 105).

A teoria da pressuposição consegue ser muito mais extensa do que mesmo a cláusula *rebus sic stantibus*, que somente é empregada quando há “mudança futura e imprevista daquele estado de coisas, que teria sido à base de fato do contrato, seria atendível”. (FONSECA, 1943, p. 203).

Além do que, a arguição de vários juristas é no sentido de que essa teoria não oferece qualquer critério geral, “que sirva de base à determinação exata do conceito de pressuposição, de modo a permitir uma nítida distinção entre ela e os motivos meramente subjetivos.” (SORIANO, 1940, p. 106)

As formulações teóricas, com base na pressuposição, construídas por Windscheid, efetivamente abrem maior espaço para ocorrer a revisão ou resolução do contrato, perdendo o contrato a “idéia de segurança”, um dos elementos propiciadores da organização e paz social. Acresce o fato de que “os motivos” e os erros, deles decorrentes, como acentua Larenz, não autorizam o contratante a se desfazer da obrigação.

Do ponto de vista da retórica, utiliza Windscheid a premissa de que só se deve cumprir o contrato de acordo com o que está pressuposto, do contrário não deve ser satisfeita

a obrigação. A pressuposição seria tão entimemática quanto a cláusula *rebus*, posto que estaria subentendida pelas partes.

Windscheid construiu essa teoria no século XIX, quando ainda se vivia a efervescência do liberalismo econômico, época em que a irretratabilidade dos contratos era um dogma, porquanto a sua teoria somente veio a ter repercussão no século XX, quando o primeiro conflito bélico mundial fez ressurgir os estudos nessa matéria.

2. Osti: **teoria da superveniência**, também conhecida como **teoria da vontade marginal**. “Concepção verdadeiramente genial e que tem muitos pontos de contacto com a pressuposição de Windscheid”. Os próprios adversários dessa teoria reconhecem ser a “tentativa mais aguda e original feita sobre a investigação do fundamento da cláusula na própria vontade contratual.” (SORIANO, 1940, p. 110).

Osti não chegou a definir sua teoria, apenas desenvolveu alguns conceitos e estabeleceu critérios gerais. (MAIA, 1956, p. 167).

Para Osti, nos contratos a termo ou de execução sucessiva, há o momento em que as partes firmam o negócio, instante em que declaram suas vontades, e outro momento, em que o contrato é executado, quando haveria uma determinação de vontade. No primeiro momento, ocorreria uma **vontade contratual** em que as partes se obrigam a cumprir certa prestação e, no outro, a **vontade marginal**, aquela que está estipulada, prometida, contudo “fica na dependência de atividade voluntária e posterior do agente, no momento da execução.” (MAIA, 1956, p. 168).

Osti fundamenta-se na proteção jurídica da vontade contratual, tendo em vista sua utilidade social, e por se constituir numa obrigação que surta um certo resultado concreto, de modo que, “falhando esse resultado ou sendo diverso daquele a que normalmente deveria

conduzir a obrigação, a própria razão da tutela jurídica exige que se possa eliminá-la.” (FONSECA, 1943, p. 205).

Após expor alguns critérios que demonstram como aplicar sua teoria, Osti resume:

- I) superveniência consistente no agravamento das condições objetivas da prestação;
- II) superveniência consistente na diminuição da utilidade peculiar à contraprestação;
- III) superveniência consistente na falta, de modo absoluto, da efetivação concreta da contraprestação. (MAIA, 1959, p. 175-176).

A vontade contratual e a vontade marginal são duas maneiras de se falar de uma única realidade, o contrato. A base da argumentação dessa teoria resume-se no entimema: “A proteção jurídica da vontade contratual tem em vista sua utilidade social”, logo, perdendo essa “utilidade social”, não haveria a proteção do Direito. Os critérios de verificabilidade de aplicação ou inaplicação da **teoria da vontade marginal** de Osti correspondem à base hipotética da teoria da imprevisão e da cláusula *rebus*.

3. Kaufmann: **teoria da vontade eficaz** trabalha com dois pressupostos: “a vontade eficaz ” e “a vontade empírica”. A “vontade eficaz” é o cumprimento do que está previsto no contrato. A “vontade empírica” seria a cláusula não prevista, porém existente, ainda que nenhum dos contratantes a tenha acolhido. A alteração nas circunstâncias deve merecer atenção somente quando a finalidade do contrato for modificada. A “vontade eficaz” é a que determina as conseqüências jurídicas, a obrigação de cada contratante, assumida no negócio jurídico, depara limites no que se possa imputar às partes em virtude de sua “vontade eficaz”, tendente à realização da finalidade essencial do contrato. Tal teoria não despertou muito interesse por parte dos civilistas, ante o fato de a mesma ter como centro de suas preocupações o Direito Internacional Público. (LARENZ, 1956, p. 29).

Para os defensores dessa teoria, “assim como, na formação dos contratos, deve haver uma relativa equípólência entre as prestações, do mesmo modo, e quando da execução, deve subsistir essa equípólência.” (SORIANO, 1940, p. 140).

Como ocorreu com Osti, a teoria da vontade eficaz de Kaufmann pretende encontrar duas realidades lingüísticas no contrato, a primeira estaria exposta e a segunda, oculta. O fundamento que autorizaria a revisão e a resolução dos contratos estaria inexpresso, seria a “vontade empírica.”

A possibilidade de se aplicar uma cláusula oculta, inexpressa, que não existe no contrato, apenas se concebe no plano da retórica, “transcende dos meios retóricos imanentes à linguagem” do contrato estabelecido, expresso entre as partes.

4. Oertmann: **teoria da base do negócio jurídico**, retomando a doutrina de Windscheid, construiu sua própria teoria, tendo sido acolhida pelos tribunais alemães, inclusive o Tribunal Superior do Reich, que chegou a emprestar definição sobre o que seria **base do negócio jurídico**, nos seguintes termos:

Representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não repelida pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou a aparição de certas circunstâncias, nas quais se baseia a vontade negocial. (LARENZ, 1956, p. 7).

Sendo assim, o contrato pressupõe que a base do negócio permaneça até o seu termo final, diferentemente se for a mesma modificada de sorte a fazer desaparecer aquela base existente no momento em que o contrato foi celebrado, sem que as partes tenham contribuído com essas modificações e sem que as mesmas tenham assumido os riscos dessas alterações, a parte prejudicada tem o direito de resolver o contrato e, na hipótese de obrigação de trato sucessivo, poderá denunciá-lo.

O próprio Oertmann estabeleceu a distinção entre pressuposição e base do negócio. A pressuposição é base ou parte integrante de uma declaração isolada, não do ato negocial bilateral, enquanto a base do negócio, pelo contrário, refere-se não à declaração isolada, mas ao negócio com um todo (LARENZ, 1956, p.24).

A teoria da base do negócio jurídico investiga psicologicamente a vontade das partes no momento da celebração do contrato, as representações mentais que motivaram a realização do negócio, no momento de sua conclusão. Com essa “reconstituição” do que ocorreu, pode-se verificar se houve, ou não, alteração na base do negócio.

Entre seus seguidores, Larenz foi certamente o que mais se popularizou com a obra *Base Del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, livro de consulta obrigatória para quem pretende conhecer a construção doutrinária de Oertmann.

Larenz, no final de sua obra, formula conclusões, segundo as quais, aponta em que condições desaparecem a base do negócio.

Levando em consideração sua significativa experiência, obtida perante a Justiça alemã, Larenz, com um bom domínio na doutrina, apresenta a base do negócio jurídico em duas espécies: **a subjetiva** e **a objetiva**. Entende que base subjetiva é a representação mental ou esperança, não de um, mas de ambos os contratantes, pela qual se motivaram para a celebração do contrato, de tal sorte que, faltando ou desaparecendo essa base, dá-se um erro comum próprio dos motivos, inquinando a avença de ineficácia. Quanto à base objetiva do negócio, há de se entender o conjunto das circunstâncias e o estado geral de coisas cuja manutenção é objetivamente necessária para que subsista o sentido do contrato, consoante o significado das partes.

A base objetiva do negócio desaparece, segundo Larenz:

- a) cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta em el contrato se há destruido em tal medida que no puede hablarse racionalmente de una “ contraprestación”(destrucción de la relación de equivalencia);
- b) cuando la comum finalidad objetiva del contrato, expresada em su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible (frustración de la finalidad. (1956, p. 223-225)

No entendimento de Sidou (1962, p. 27), a teoria da base do negócio jurídico é a “menos imperfeita” diante de todas as demais teorias “modernas explicativas” que tratam da matéria concernente ao *pacta sunt servanda* e da cláusula *rebus sic stantibus*.

Em uma perspectiva retórica, a teoria da base do negócio jurídico tenta viabilizar sua argumentação, tendo, como premissa, a obrigatoriedade da equivalência entre prestação e contraprestação; se tal não ocorrer, a parte prejudicada está autorizada a pedir revisão ou resolução dos contratos.

Observe-se que a **retórica prática**, como técnica de argumentação, está sempre procurando persuadir em cima de uma situação alheia ao que está escrito e previsto no contrato.

A propósito dessa teoria, Ripert argumenta que o contrato não deve ser revisado apenas por não mais existir a equivalência da prestação e da contraprestação (2000:161).

5. Giovene: **a teoria do erro** trata a questão realçando, como fundamento da revisão ou resolução dos contratos, o vício de consentimento.

Nas observações de Fonseca, o autor dessa teoria parte dos mesmos pressupostos de Osti (teoria da vontade marginal: “vontade contratual” e “vontade marginal”

respectivamente); para Giovene, “no caso de verificar-se a divergência entre o suposto e a realidade, falhando as representações objetivas que serviram de base à determinação da vontade, em virtude da superveniência imprevista, haverá erro, que permite a anulação do ato jurídico, por se tratar de consentimento viciado.” (1943, p. 213).

O “desvirtuamento da vontade”, por conta de ato superveniente, somente pode ser enxergado do ponto de vista da retórica, porque, se o contrato existe, a vontade é aquela que está expressa. Daí o sentido transcendente que a retórica consegue dar aos **lugares particulares** da linguagem jurídica, tarefa um tanto impossível para a dogmática, porque somente dá sentido ao que está escrito.

6. Bruzin: **teoria da situação extracontratual**, segundo a qual, a cláusula *rebus* estaria plenamente justificada pelos mesmos princípios a que estão submetidos os contratos. Para Bruzin, citado por Soriano (1940, p. 80), o concurso de vontades é de onde provém a força obrigatória do contrato. Haveria circunstâncias contratuais e extracontratuais, as circunstâncias futuras seriam contratuais, as partes contratantes estariam obrigadas a cumprir. Caso venham a ocorrer circunstâncias imprevisíveis, essas seriam extracontratuais e, como tal, comportam revisões.

Circunstâncias extracontratuais têm um sentido amplíssimo: porque toda situação não prevista no contrato é extracontratual. A possibilidade de dizer da existência ou inexistência de circunstâncias extracontratuais e fundamentá-las persuasivamente depende exclusivamente da *praxis* retórica.

7. Hartmann: **teoria do dever de esforço**, também conhecida como teoria da prestação de diligência. Segundo Oliveira (1968, p. 109), o dever de esforço é o vínculo obrigacional que as partes mutuamente assumem. Se, apesar de todo esforço que a parte

empreender para cumprir o contrato, acontecer em fatos supervenientes que o impeça, o devedor estará liberado da obrigação.

A expressão “dever de esforço” é vaga e imprecisa, não há como medir, o “esforço” cai no indeterminismo, porque o que representa esforço para uns não o é para outros, etc. A indeterminação do que vem a ser “esforço” obriga o intérprete, em cada caso, a determinar o que seja, para tanto, somente instrumentalizado com a retórica é possível justificar esse “dever de esforço”.

8. Ripert e Voirin: **teorias com fundamento na moral**. Defendem esses autores o “predomínio da noção moral de equivalência das prestações à noção econômica de segurança” (Fonseca, 1943, p. 219-225).

Acentua Voirin que a consciência média das pessoas se sentiria violentada, se não cuidasse o jurista de resolver os casos de imprevisão:

[...] embora possa parecer paradoxal falar de moralidade a propósito de questões jurídicas, a consciência comum modernamente reconhece não haver antagonismo entre as duas disciplinas e tende a fazer penetrar, cada vez mais, a moral no direito. (...) Em matéria de imprevisão, há um desequilíbrio brusco, profundo, totalmente imprevisível. E esta situação exige a atenção do jurista, porque fere a consciência média dos indivíduos. (FONSECA, 1943, p. 220).

O próprio Ripert “nega, em princípio, que a equivalência objetiva das prestações possa, por si só, autorizar a revisão dos contratos.(...)”. Chega então Ripert à conclusão de que não é a desproporção das prestações que deve, pela influência da regra moral, autorizar a rescisão, mas, sim, a revelação, por essa desproporção de ter havido

exploração abusiva de uma das partes em um contrato que não repouse sobre a idéia de especulação. (Fonseca, 1943, p. 222).

Em princípio, Ripert defende a irretratabilidade do contrato, afirmando: “Contratar é prever. O contrato é um empreendimento sobre o futuro. Todo contrato contém uma idéia de segurança”. A questão da revisão contratual, a partir da imprevisão, está muito mal colocada, segundo Ripert.

Admitir a revisão dos contratos, todas as vezes que se apresente uma situação que não foi prevista pelas partes, seria tirar ao contrato a sua própria utilidade que consiste em garantir o credor contra o imprevisto. (2000, p. 161).

Ripert desenvolve sua teoria demonstrando a fragilidade de certos argumentos que tentam justificar a revisão contratual, um deles seria a diferença das prestações, não convenceria.

[...] Se a diferença de valor das prestações provém de um caso fortuito posterior ao contrato, não se poderá denunciar essa exploração. Estamos simplesmente na presença de um desequilíbrio que constitui o risco do contrato.

Esta ruptura de equivalência ideal que seria de obter pelo contrato é uma coisa fatal nas épocas de crise econômica, mas pode-se dar em todos os tempos. A instituição da compra a prazo assenta sobre estas diferenças de preços posteriores ao contrato. O que prejudica o comércio é justamente o ato muito freqüente do contratante furtar-se ao contrato concluído, por ter o negócio se tornado desvantajoso. (2000, p. 162).

Sustenta Ripert que não é a diferença de preço ocasionada por calamidades públicas que deve justificar a revisão dos contratos. Quando tais catástrofes ocorrerem, o “legislador, por leis de circunstâncias, concede prazos de pagamentos, autoriza prorrogação ou revisões de contratos. [...] Há então expropriação do direito do credor no interesse da paz pública, mas não aplicação duma regra jurídica.” (2000, p. 63).

Para Ripert, “formular e impor essa regra, é preciso começar por lhe restituir o seu verdadeiro caráter¹⁴. Ela não sai do contrato, ergue-se contra ele. Não se liga à técnica jurídica do direito das obrigações, mas colide com a lógica desta técnica.”

Repousa, com efeito, sobre a idéia moral de que o credor comete uma suprema injustiça usando do seu direito o maior rigor. Ergue contra a pretensão do credor a regra protetora do devedor injustamente lesado pela sorte. Não nega que a lesão tenha sido voluntária, recusa aceitar essa vontade imoral (2000, p. 163).

A teoria de Ripert é extraída dos fundamentos da cláusula *rebus sic stantibus*. Aliás, é ele mesmo quem diz que a questão da revisão de contrato deve começar “pelo seu verdadeiro caráter”: a regra medieval do Direito canônico. O que fica devendo Ripert qualquer originalidade.

Por mais que nos esforcemos, parece-nos evidente que não há como o intérprete e aplicador da lei deixar de fundamentar sua decisão, revisionista ou resolutive de contrato, sem que se socorra de qualquer uma dessas estratégias retóricas que as teorias revisionistas tentam impingir como verdades absolutas, mas que não passam de meros argumentos construídos para persuadir.

A retórica prática serve-se de qualquer desses paradigmas elencados nessas teorias revisionista para suprir a lacuna deixada pelo legislador e em atendimento à pretensão do intérprete e julgador de fundamentar a decisão.

¹⁴ O “verdadeiro caráter” que Ripert se reporta, refere-se como a questão foi posta pelos canonistas (cláusula *rebus sic stantibus*), cujo fundamento estaria no enriquecimento ilícito.

CAPÍTULO QUINTO

TEORIA DA IMPREVISÃO: UMA PROPOSTA RETÓRICA PARA REVISÃO E RESOLUÇÃO DE CONTRATOS

5.1 - CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: REFERÊNCIAS HISTÓRICAS

Como temos dito, a **teoria da imprevisão** é uma nova denominação para um tema antigo: a cláusula *rebus sic stantibus*. Aristóteles diz, na *Arte Retórica*, que o **entimema** é um silogismo incompleto porque falta uma das premissas, está subentendida, por ser óbvia, não é necessário pronunciá-la (s.d, p. 35). Vivo fosse, Aristóteles explicaria o mesmo de uma cláusula que não está escrita nos contratos, porém se tem como existente, apesar de estar oculta.

Ora, se o mínimo que a segurança jurídica defende é a norma estar prevista, expressa, somente por meio de recursos lingüísticos, dos quais faz uso a retórica prática, isso poderia se explicar, tornar possível revisar e até extinguir contratos sob argumento de cláusula oculta. Daí porque a **teoria da imprevisão**, que modernamente se presta ao argumento de revisar ou resolver os contratos, recebe o mesmo tratamento da cláusula *rebus sic stantibus*, de

ser uma proposta retórica ao intérprete e aplicador da lei na solução dos conflitos de contratos de longa duração.

O significado etimológico explica: o contrato se cumpre se as coisas (*rebus*) se conservarem dessa maneira (*sic*), no estado preexistente (*stantibus*), quando de sua estipulação, isto é, devem ser preservadas as condições existentes ao tempo da celebração do contrato.

Rebus sic stantibus. “Um nome latinamente brutto ma concettualmente energico no sentir de Cogliolo.” (SIDOU, 1963, p. 11).

A cláusula *rebus* pode ser entendida como uma regra não expressa pela vontade das partes, contudo implícita nos contratos de prestações continuadas ou trato sucessivo e de obrigações a termo, estando sua aparição dependendo de modificações que alterem as condições existentes no momento da celebração do negócio, de sorte a acarretar prejuízo excessivo a uma das partes e vantagem desproporcional, para a outra.

Sobre a origem da cláusula *rebus sic stantibus*, alguns entendem, como Osti, ter surgido com a filosofia estoíca; outros argumentam que é obra dos “juristas do direito canônico e da jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, assim como dos postglosadores ou bartolistas.” (FONSECA, 1943, p. 194).

Cícero teria plantado as primeiras idéias, que mais tarde fundamentariam a cláusula *rebus sic stantibus*, embora o direito romano não conhecesse essa cláusula. Em sua obra, *Dos Deveres*, Livro I, X, o filósofo e jurista romano, expõe :

Diversas vezes se apresentam conjunturas ou resoluções que parecem dignas de um homem justo, daqueles que denominamos homens de bem, mas que mudando de natureza, tornam tudo ao contrário; assim, a justiça permite algumas vezes não restituir um depósito, não cumprir um compromisso, e outras coisas que interessam à verdade e à boa-fé. É indispensável, com efeito,

reportar-se a esses princípios de justiça estabelecidos desde o princípio; começando por não prejudicar a ninguém e, em seguida, servir ao interesse comum.

Tais princípios alteram com as circunstâncias, assim como também modifica o **dever**. Pode ocorrer que a execução de um contrato ou de uma promessa seja prejudicial àquele que prometeu, ou àquele que contratou [...]

Se você promete a alguma pessoa coisa que lhe seja nefasta ou mesmo mais danosa que vantajosa, estará dispensado de sua palavra, porque não é contrário à justiça preferir um grande dever a um menor. Deste modo, se alguém promete a um homem de o assistir diante do tribunal, e, por acaso, seu filho tomba perigosamente doente, não pecará contra seu dever faltando à sua palavra, pois aquele a quem prometeu será mais culpado, se não justificar a falha. (2002, p. 40).

Teriam os seguidores e comentadores da Escola de Bartolo (séc. XIII d.C.), apoiando-se no Direito canônico e em alguns fragmentos do Digesto, adotado amplamente a cláusula *rebus*, daí se atribuir a eles a autoria de serem os primeiros elaboradores, inclusive de ter sido Bartolo o autor daquela expressão, dizia que era necessário “supor em todos os contratos a cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, supor que as partes não combinaram manter o contrato senão no caso das circunstâncias não mudarem.” (RIPERT, 2000, p. 154).

Santo Agostinho, que viveu entre os anos 354 a 430, em um de seus sermões, pregou que “quando ocorre alguma coisa de maior importância que impeça a execução fiel da minha promessa eu não quis mentir, mas apenas não pude cumprir o que prometi.” (MAIA, 1959, p. 34).

Teria sido Santo Agostinho – em meio ao predomínio de um formalismo imposto pelo Direito Romano – o primeiro filósofo religioso a defender o direito da parte contratante não cumprir com a obrigação avençada, quando houvesse mudança nas condições que impedissem a execução fiel da promessa.

O direito romano não conhecia a cláusula *rebus*, inadmitia a revisão dos contratos. “A cláusula pressupõe uma construção doutrinária, que não se coadunava com o espírito casuísta dos jurisconsultos romanos [...]” (SORIANO, 1940, p. 36).

São Tomás de Aquino, 950 anos depois de Santo Agostinho, no século XIII (1221-1274), chegou a pregar: “[...] para estarmos obrigados a fazer o que prometemos é necessário que todas as circunstâncias permaneçam as mesmas.” (MAIA, 1959, p. 35).

Deve-se a Alciato (1482-1550), a primeira formulação teórica “movido, ou não, por uma reação contra o mau emprego da cláusula.” (SORIANO, 1940, p. 45), certamente pelos excessos cometidos pelos bartolistas e os tribunais eclesiásticos.

Em sua construção teórica, Alciato distingue o campo de incidência da cláusula, dividindo em atos unilaterais e bilaterais. “Os atos unilaterais, por exemplo, nas disposições de última vontade, na nomeação de tutor ou na escolha de procurador, admitia larga aplicação [...] Diferentemente, era o tratamento dispensado para os atos bilaterais.” (MAIA, 1959, p. 50-51).

Embora Alciato tenha apresentado a primeira base teórica com o fito de disciplinar a sua aplicação, “a elaboração teórica da cláusula *rebus sic stantibus*, pelo seu sentido dogmático e pelo rigor lógico do critério em que se inspirou, deve-se aos autores da escola holandesa e tedesca” (entre a metade do século XVII e o final do século XVIII). O movimento teve início com Hugo Grócio (1583-1645), para quem, o que deve prevalecer é a *causa finalis* que resume na fórmula: *quae sola plene et efficaciter voluntatem movet*, “de sorte que, faltando esta, não há obrigação, dada à ausência originária da vontade [...]” (SORIANO, 1940, p. 51).

Deve-se a Henrique Cocceio (1699), seguidor de Grócio, “a primeira tentativa de construção teórica completa da cláusula *rebus sic stantibus*, que se tornou conhecida.” (MAIA, 1959, p. 58).

Na conclusão de sua tese, Cocceio mostra-se francamente dogmático, diz que “não se deve crer ínsita nos contratos a cláusula *rebus sic stantibus*, exceto quando assim seja disposto expressamente na lei.” (MAIA, 1959, p. 59). O que significa dizer que esse autor, no entendimento meramente positivista do problema, renega toda uma tradição de aplicação da cláusula.

Contrário a esse dogmatismo de Cocceio, surge Leuser. Defende regra geral de que o promitente “não está sujeito ao adimplemento.” (SORIANO, 1940, p. 51), se houver modificação superveniente ao que foi acertado.

Posição intermediária foi adotada por Kopp, segundo o qual a cláusula *rebus* está contida tacitamente em todos os atos jurídicos, excetuados os aleatórios, salvo disposição expressa em contrário. Não sendo ela aplicável “se o negócio já foi realizado e, igualmente, se o negócio, por ser bilateral, já foi realizado por uma das partes, dado que, então a outra não pode, invocando a cláusula, enriquecer-se com o prejuízo da primeira.” (SORIANO, 1940, p. 52).

Por fim, encerrando o círculo da literatura tedesca, Eberhard crê que o vínculo contratual “pode cessar, mas porque se atinja menos o escopo principal do negócio; ou também porque sobrevenham circunstâncias necessariamente pressupostas na sua constituição.” (MAIA, 1959, p. 61-62).

Porquanto, embora o sentido tenha aflorado desde antes, com a filosofia estóica amplamente utilizada pelo Direito canônico nos tribunais eclesiásticos e pelos bartolistas, a

cláusula *rebus sic stantibus* só chegou a se firmar nos séculos XIV a XVI, época em que, como vimos, desenvolveram-se várias doutrinas, inclusive sendo expressamente acatada e prevista na legislação de alguns países, como no código bávaro de 1756, o código prussiano de 1774 e o código austríaco de 1811.

O código napoleônico não previu a cláusula *rebus*, contudo, anota Ripert que a jurisprudência francesa no princípio do século XIX teve “tendência para a acolher”. Depois, já no final do mesmo século XIX, em 1876, a Corte de Cassação repugna essa cláusula, “declarando que o art. 1.134 tem um alcance absoluto”, e rege os contratos cujo cumprimento se estende a épocas sucessivas, da mesma forma que os contratos de outra natureza. (2000, p. 155).

O art. 1.134 do Código Civil francês é o que empresta aos contratos força de lei entre as partes, devendo as convenções serem cumpridas.

Após longo período de pleno apogeu, a cláusula foi perdendo prestígio, ante as transformações sociais e políticas da época, com evidente repercussão no mundo jurídico, cedendo espaço para o princípio do *pacta sunt servanda*, até ser esquecida no século XIX e princípio do século XX, não totalmente esquecida, “fadada a constituir matéria de pura erudição histórica, segundo acentuou Pugliesi, se não surgissem, de quando em quando, algumas decisões judiciais aplicando-a, como o aresto da Cassação de Turim de 16 de agosto de 1900 [...]” (FONSECA, 1943, p. 196).

O desprestígio da cláusula *rebus*, seu desaparecimento do cenário jurídico no período compreendido entre o século XIX e até quase a segunda década do século XX, ocorreu por imposição do liberalismo político refletido em todos os campos da atividade humana.

As liberdades políticas conquistadas com a Revolução Francesa de 1789 - inspiradora de todos os sistemas jurídicos do mundo ocidental - fizeram repercutir, nas relações jurídicas privadas, toda uma filosofia liberalizante, não-intervencionista. O Estado passou a ser mero espectador e, sob a suprema égide da liberdade individual, o princípio jurídico cardinal passou a ser da autonomia da vontade e da irretratabilidade das convenções.

Comenta Larenz que o desapareço pela cláusula *rebus* no final do século XVIII foi tão marcante, que não foram suficientes para soerguê-la “las guerras napoleônicas y del bloqueo continenta, ni a consecuencia de los trastornos de las guerras de la revolución y de la disolución del primer império alemán.” (1956, p. 28).

No Estado liberal, a tônica maior da organização político-jurídica está nos direitos e garantias individuais, na liberdade plena de contratar, no respeito absoluto à autonomia da vontade, “ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada”. Registra Paulo Lobo que a “Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas.” (1995, p. 40).

O término da Primeira Grande Guerra do século XX (1914/1918) fez ressurgir o interesse nos estudos jurídicos em torno da cláusula *rebus sic stantibus*, em face da impossibilidade de milhares de pessoas em não cumprirem as obrigações pela superveniência da guerra, por conta da extrema onerosidade acaso fossem satisfeitas.

Nessa fase em que a cláusula renasce das cinzas, coube à França dar o primeiro passo – logo nesse país em cujo Código Civil estava erigido o absolutismo do *pacto sunt servanda*, arauto maior da não-intervenção do Estado nos negócios privados - deu-se, em 21 de maio de 1918, a edição da lei denominada *Failliot*, admitindo – ante a situação social, econômica e política daquele histórico momento – a revisão dos contratos.

Além da Lei *Failliot*, outras foram editadas, autorizando plenamente a aplicação da cláusula da imprevisão, também na Itália, pelo decreto de 27 de maio de 1915. Toda uma legislação excepcional voltada para resilir ou alterar os contratos, “sob o fundamento de que a guerra dera lugar a modificações imprevistas no meio social e econômico, no seio do qual aqueles contratos teriam de produzir os seus efeitos.” (FONSECA, 1943, p. 11).

O Brasil – como veremos adiante – também legislou excepcionalmente para resolver questões afeitas à cláusula *rebus* que eclodiram após a Revolução de 1930.

5.2 - TEORIA DA IMPREVISÃO: NOÇÕES EM TORNO DO SEU SIGNIFICADO E IMPORTÂNCIA

Na opinião de Ripert, a idéia e a palavra imprevisão teriam sido impostas por forte influência da doutrina da autonomia da vontade (2000, p. 161).

Depois daquela primeira decisão do Conselho de Estado que resolveu conflito entre a cidade de Bordeaux e uma empresa concessionária de serviços públicos, seguiram-se outras, tendo o nome de **imprevisão** se popularizado nos círculos jurídicos, até a época atual, ao extremo de os estudiosos menos avisados adotá-la como gênero das várias espécies de doutrinas que cuidam da revisão e da resolução dos contratos.

A teoria da imprevisão – como de resto todas as teorias revisionistas – trata de um modelo retórico antigo, agora com outra denominação, um nome moderno para o mesmo discurso jurídico, antes contido na medieval cláusula *rebus sic stantibus*.

Entende Fonseca que, para fundamentar a noção de imprevisão, não é preciso se chegar “até a regra moral pra justificá-la”. Bastaria ser consultada a própria noção de

Direito e seus princípios, como o de equidade; o “sentimento de justiça” já seria o suficiente para evitar o esmagamento da parte desfavorecida com os acontecimentos de fatos imprevisíveis (1943, p. 236).

A questão tratada por algumas teorias revisionistas, particularmente como apresenta Fonseca (1943, p. 236) a teoria da imprevisão, coloca o credor como vilão do negócio, o devedor, a vítima e o juiz, o salvador. O que é um equívoco! Na verdade, tal justificativa não passa de uma falácia de forte apelo retórico, pois a imprevisão pode ser, de um certo ponto de vista, tão ruínosa para o devedor como para o credor. Ambos podem ter igual prejuízo, nem por isso desautorize a revisão ou a resolução do negócio, ou que o credor, necessariamente, saia ganhando com os acontecimentos supervenientes.

Pondera, no entanto, que quando a superveniência imprevista acarreta onerosidade maior para o devedor sem qualquer reflexo que acrescente vantagens para o credor que apenas espera o cumprimento da avença, então aí não há revisão nem resolução do contrato. Onde não há “iniqüidade, injustiça” não há porque deixar de se respeitar o contrato, que é uma “necessidade social.” (FONSECA, 1943, p. 234).

Chega a admitir Fonseca que a teoria da imprevisão é o *justo limite*, o que significa dizer que, se acaso não houvesse essa fórmula, ocorreria o caos e a ruína do devedor na hipótese de acontecimentos supervenientes alterarem as condições iniciais do negócio. A **teoria da imprevisão** estaria apta a prestar esse atendimento visando a atender o “justo limite” – de que fala esse autor – “imposto pela consciência comum à noção econômica de segurança, para impedir a iniquidade a que poderia dar lugar a aplicação supersticiosa e inflexível do princípio, necessário em regra, da irretratabilidade das convenções.” (1943, p. 234).

No meio das discussões em torno da aplicação da teoria da imprevisão é sempre levantado a questão do fato de agir o juiz como um interventor na relação particular contratual. Tal visão, bem apropriada para as primeiras décadas do século passado, modernamente não tem nenhum sentido, uma vez que a intervenção do Estado nos negócios privados deixou de ser uma exceção para ser uma regra geral, basta lembrarmos do Código de Defesa do Consumidor. Fonseca, na época questionava:

[...] se é justo, em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos, por intermédio do Juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevistos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes. (1943, p. 15).

Parece não haver dúvida de que o Estado-Juiz é o encarregado de dizer se determinado acontecimento pode ser tratado como imprevisível e se desse acontecimento, há onerosidade excessiva para um dos contratantes, cabendo ao julgador apanhar esses elementos e dizer da oportunidade de adotar a teoria da imprevisão. Fonseca, já em seu tempo, era defensor de que a legislação brasileira contivesse regra geral acatando a teoria da imprevisão (1943, p. 235), o que só veio ocorrer sessenta e dois anos depois da edição de sua obra, com o novo Código Civil, como veremos adiante.

Numa época – 1916 – em que imperava o liberalismo econômico, o *pacto sunt servanda*, a presença do Juiz, no centro do conflito, para por fim a uma relação de natureza eminentemente privada, simbolizava a chegada de uma era em que o Estado passaria a intervir em todos os segmentos sociais, políticos, econômicos e jurídicos, como de resto aconteceu no decorrer de todo século XX.

Qualquer que seja o fundamento das teorias revisionistas, o dado comum e de maior importância é a constatação de que o contrato deixou de ser aquela muralha inexpugnável, onde se acastelavam as vontades únicas e derradeiras dos contratantes. Nesse contexto, pode-se dizer que as teorias revisionistas têm ganhado muito espaço perante o Judiciário, a partir do momento em que o Estado passou a intervir na economia de forma mais presente.

As teorias revisionistas têm sido vencedoras, independentemente da ótica de como justificam a revisão ou a resolução dos contratos, por conta de um forte apelo construído nas fontes das retóricas materiais e práticas.

Acrescentando ao que já dissemos em algumas passagens, não há diferença substantiva entre **teoria da imprevisão**, como qualquer outra teoria que admita que haja revisão ou resolução em contratos de execução diferida ou de trato sucessivo, a questão está em se admitir, ou não, que tal revisão ou resolução ocorra, após essa tomada de posição, o apelo retórico é que vai diferenciar. Na verdade, as teorias se prestam muito ao intérprete no momento em que busca legitimar suas decisões em fontes seguras, fundamentando-as em estratégias retóricas sempre aptas a emprestar uma fundamentação ao discurso jurídico.

A teoria revisionista – como chamaríamos toda aquela que defende a revisão dos contratos – se impôs por pressão de uma necessidade social, não por obra de benevolência do Poder Judiciário, como no caso do Brasil, que passou a admiti-la tardiamente, mesmo assim de forma esporádica. Quanto a estar na legislação comum, precisamente no Código Civil, somente agora acontece, quando já são decorridos oitenta e quatro anos do final da Primeira Guerra Mundial, quando então as legislações alienígenas já passaram a disciplinar sobre a cláusula exonerativa.

Aceitar que os contratos sejam revistos ou resolvidos com a interferência de um juiz, pouco vai depender de qual seja a doutrina que se exaure em justificar. É o mesmo que tratar de ideologias; nada tão racional quanto admitir que o contrato seja revisto ou antecipadamente extinto; de igual modo, nada que se pareça tão racional quanto se querer exigir o cumprimento do contrato solenemente celebrado com escopo na lei.

Não se pode dizer que algumas teorias estão totalmente certas ou totalmente erradas, mais ou menos certas ou mais ou menos erradas. Todas utilizam o mesmo ferramental: um fato imprevisível que altera a situação do devedor. O cotidiano da vida forense – desde o nascedouro da primeira decisão que admitiu a cláusula *rebus sic stantibus* – tem demonstrado que alguns julgadores assumem uma postura de acatar e outros, de não admitir as teorias revisionistas, independentemente de qualquer análise valorativa quanto aos fundamentos dessas teorias.

5.3 - BASE HIPÓTETICA PARA REVISÃO OU RESOLUÇÃO

Trata-se de saber em que momento a teoria da imprevisão pode ser suscitada e quais seriam as relações jurídicas que estariam sujeitas a receber esse tratamento.

De acordo com o que vimos até agora, pode-se deduzir que o momento seria aquele que alterasse o estado de fato vigente ao tempo em que fora estipulado o contrato, por acontecimento imprevisível que, acaso pudesse ser previsto, não se teria contratado, de sorte a provocar uma mudança capaz de impedir o cumprimento da obrigação avençada ou, se exigida, causar prejuízo desproporcional a uma parte e vantagem excessiva, à outra.

O código bávaro de 1756 - *Codex Maximilianus Bavaricus Civillis* – a primeira legislação codificada na História a consagrar a cláusula *rebus*, dispunha, no § 12 do capítulo 15 do título IV, em que situação incidiria tal cláusula: “1.º) se a alteração de circunstâncias não provier nem de mora, nem de culpa *aut facto debitoris*; 2.º) de tal natureza que não fosse fácil prevê-la; 3.º) e de tal monta que, se o devedor o tivesse sabido antes, segundo a opinião desinteressada e honesta de uma inteligente, não consentiria em obrigar-se; todavia, mesmo em tais circunstâncias, restará apurar, consoante a conveniência jurídica, se a obrigação deve ser completamete extinta, ou reduzida na proporção da mudança superveniente.” (MAIA, 1959, p. 63-64).

O código prussiano – o *Landrecht* – nas disposições dos §§ 377 e 378, do título I, capítulo 5 e o austríaco no § 936, do livro II, capítulo XXVII, também dispunham sobre as hipóteses de incidência da *cláusula rebus sic stantibus*.

A teoria da imprevisão busca, no princípio da boa-fé e da equidade, alcançar maior aproximação entre os valores morais inculcados nas relações interpessoais e de justiça perseguidos pelo Direito, para o fim de preservar a vontade das partes. Utiliza, para tanto, alguns parâmetros: a) defender a equivalência entre a prestação e a contraprestação; b) manter o contrato como instrumento de organização social, com isso limita a própria aplicação da cláusula *rebus*; c) preservar a vontade das partes, sempre que possível; e d) diminuir as tensões sociais, ainda que seja preciso intervir nos negócios privados.

A cláusula *rebus* reclama para sua aplicabilidade uma base fática, pelos menos, com os seguintes requisitos: I - obrigações sucessivas ou dependentes de futuro; II - condicionamento à permanência no estado de fato contemporâneo da formação do vínculo; e III - extrema onerosidade.

As condições para revisão ou resolução dos contratos podem ser previstas em disposições de lei, como estabeleceram os códigos bávaro, prussiano e o austríaco em seu tempo. Em legislação extravagante, como adotou a França, no século XX, com a Lei *Failliot*, apenas para exemplificar. A jurisprudência e a doutrina têm sido uma rica fonte desde tempos imemoriais no falar sobre em que condições a cláusula *rebus* pode ser aplicada. Particularizando o caso, o Direito brasileiro teve essa experiência, por conta da inexistência de uma regra específica sobre a matéria.

Dentre tantos juristas nacionais, Campos resumiu o que todos os autores estão de acordo, no tocante às condições de admissibilidade para revisão dos contratos, dentro das seguintes exigências:

- 1- o acontecimento que determina a mudança das circunstâncias deve ser imprevisto e imprevisível pelas partes;
- 2 - o acontecimento que produz a mudança deve ser anormal, extraordinário, da ordem daqueles que entram na definição de força maior;
- 3- não basta qualquer mudança, ainda que imprevista; é necessário que a mudança determine uma tal agravação da prestação que, se prevista, teria levado os contratantes a não concluírem o contrato;
- 4 - é necessário, enfim, que o acontecimento que torne a execução difícil ou onerosa seja estranho à vontade do devedor. (1956, p. 9).

Defende Fonseca que a regra legal que tratasse da questão da imprevisão deveria se destinar ao devedor, desde que a situação atendesse às seguintes condições:

- a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis;
- b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste;
- c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista (1943:236).

Chama a atenção, ainda, que a regra da imprevisão, quando fosse possível adotá-la, atingisse não somente “uma categoria inteira de devedores, como naquela em que houvesse apenas um ou outro lesado”. Conclui confessando-se adepto “doutrinariamente, a influência da imprevisão no domínio contratual” (FONSECA, 1943:236).

5.4 - O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A TEORIA DA IMPREVISÃO

O Código Civil brasileiro de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), não contemplou expressamente a **teoria da imprevisão**. Esse Código, como salienta Wold, “foi feito para um mundo estável, com moeda firme, em que os contratos não deveriam sofrer maiores alterações, independentemente da vontade das partes” (1959:159). Embora alguns dispositivos espalhados nesse Código retratem o espírito ou o sentido revisionista que essa teoria tem como pretensão atingir.

Quando trata de alimentos, o art. 401 do CC diz que, se fixados os alimentos, sobrevier mudança na condição econômica de quem paga ou de quem recebe, poderá o interessado reclamar em juízo para obter exoneração, redução ou agravação do encargo.

As dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, consideram-se vencidas, a teor do art. 762 do Código Civil:

- I - Se, deteriorando-se, ou depreciando-se a coisa dada em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar;
- II – Se o devedor cair em insolvências, ou falir.

No mesmo sentido, dessa feita o inciso III do art. 954, diz que: “Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou

marcado neste Código: “[...] III – Se cessarem, ou se tornarem insuficientes as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.”

Nas obrigações de fazer, de que trata o art. 878 e seguintes, enfatiza o art. 879:

Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos.

Nos contratos bilaterais, trata a segunda parte do art. 1.092 do Código Civil brasileiro de estabelecer:

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Na parte sobre locação, dispõe o art. 1.190 do CC que ao locatário caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou rescindir o contrato, se deteriorar a coisa alugada ou caso não sirva para o fim a que se destinava.

Ao tratar do comodato, o CC deixa a possibilidade de se aplicar a cláusula *rebus*, conforme dispõe o art. 1.250:

Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Já observava Arthur Rocha:

O Código Civil brasileiro consagra a noção de imprevisão com uma tendência mais acentuada do que muitos outros, no sentido de evitar a responsabilidade pelas conseqüências remotas da obrigação, pois, além de excluir as imprevistas, ainda manda considerar as outras razoavelmente, e assim dá-nos

duas noções, a de imprevisão e a de equidade, funcionando concorrentemente. O art. 1.060, por seu turno, desobriga até o devedor doloso das conseqüências indiretas da obrigação, e nada tão remoto quanto o resultado dos imprevistos (*apud* SORIANO, 1940: 236).

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, espera-se que cessem as divergências, ante o alcance e a importância de que goza o Código Civil no ordenamento jurídico brasileiro. Tal acontecimento jurídico será importante porque a aplicação da teoria da imprevisão não se estende apenas nas relações privadas de natureza civil, ocorre de os fenômenos jurídicos aparecerem em outras searas a exigir a presença dessa teoria como solução dirimente desses impasses. Daí porque não faltará oportunidade de alguns intérpretes julgarem os feitos, tendo como escopo os princípios gerais de Direito e aí adotarem a teoria da imprevisão, como também restarão aqueles para quem prevalece a imutabilidade dos pactos e a supremacia da lei.

Sempre há que se pensar que não foi necessário qualquer texto legislativo para, no Brasil, admitir-se a **teoria da imprevisão**. Sua admissão decorreu, como efetivamente ainda hoje decorre, da vontade do intérprete e aplicador da lei. Vencida essa etapa, caso o julgador queira revisar ou resolver, basta que utilize, em seu arrazoado, o silogismo retórico, fundado na premissa particular ao Direito que desobriga o devedor a cumprir contrato que lhe causa ruína, etc.

5.5 - O NOVO CÓDIGO CIVIL E A TEORIA DA IMPREVISÃO

Finalmente, foi acolhida a **teoria da imprevisão** no Código Civil, estando vigente desde 12 de janeiro do corrente ano.

No Senado Federal, o relator do Código Civil naquela Casa, Senador Josaphat Marinho, no Parecer Final nº 749, de 1997, ressaltava que o projeto:

Autoriza a resolução dos 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 (art. 478). Cautelosamente, pois, reduz a majestade do contrato, substituindo a velha cláusula *pacta sunt servanda*, dos códigos individualistas, pela regra justa – *rebus sic stantibus*. (1977, p. 7-8).

Previsto no novo Estatuto Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), Título IV, que trata do Inadimplemento das Obrigações; Capítulo II, que cuida da Extinção do Contrato, a cláusula *rebus sic stantibus* surge nos dispositivos da Seção IV, Da Resolução por Onerosidade Excessiva, em três dispositivos, os arts. 478 a 480.

Dispõe 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 o outro, 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.

O art. 479 diz que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Por último, o art. 480 dispõe sobre a possibilidade de o contrato ser revisto a fim de evitar a onerosidade excessiva. O referido dispositivo está vazado nos seguintes termos:

Se no contrato as obrigações couberem a apenas um 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.

Propositadamente, não nos referimos às formulações contidas nas propostas dos Projetos do Código Civil que não foram adiante, sem qualquer culpa de seus elaboradores. Embora se reconheça o esforço daqueles autores, entendemos que não tendo sido tais Projetos aprovados, comentar as propostas que não lograram êxito seria repetir tudo que já se disse acerca das teorias revisionistas.

O novo Código nada acrescenta à jurisprudência sobre a matéria, apenas dá um escopo legal ao que antes era apenas interpretação pretoriana.

Verifica-se, pela redação desses dispositivos, que, no primeiro momento, tem o devedor a faculdade de pedir a resolução, porém, cabe ainda ao réu, para evitar a resolução, admitir a revisão, de forma “a modificar eqüitativamente as condições do contrato”.

Toda construção legislativa leva-nos a concluir que a intenção é sempre a de preservar o contrato, sem a onerosidade excessiva decorrente de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”. Insistir para que o contrato seja respeitado, que perdure o *pacto sunt servanda*, antes de qualquer ideologia neoliberal, é importante do ponto de vista da segurança jurídica, da organização social. O que não se pode, racionalmente, concordar é que, em nome desses postulados, a proteção exagere a ponto de permitir a ruína de uns em prol do enriquecimento de poucos, como sói acontecer no passado.

Qualquer que seja a situação, o que não devemos esquecer é que a interpretação e a aplicação do Direito opera sem os textos legais. A admissibilidade da **teoria da imprevisão** é bem um exemplo de como tudo acontece, haja vista ter sido adotada nesses últimos 72 anos, mesmo sem dispositivo expresso prevendo sua aplicação.

Durante todos esses anos a teoria da imprevisão teve uma abordagem retórica, apregoada pela jurisprudência, como solução naqueles conflitos decorrentes dos contratos de execução diferida e de trato sucessivo. Fica claro, com o novo Código Civil, não será preciso o intérprete se apegar aos fundamentos éticos, que lastreiam a teoria da imprevisão, para justificar sua aplicação no Direito brasileiro, porque a possibilidade de revisar ou resolver os contratos está prevista no Código.

A teoria da imprevista, entendida como proposta retórica, saiu-se vencedora da eterna disputa entre os que defendem a lei como única alternativa para solução dos litígios, contra aqueles que entendem os textos legais apenas como meio do Direito alcançar o justo.

A experiência mostrou, na hipótese, de que a interpretação e aplicação podem fazer evoluir o Direito, independentemente dos textos legais. E, dentre dessas possibilidades evolucionistas em que o Direito é instrumento de um processo de inclusão social, de **justiça**, a retórica tem, certamente, um manancial inesgotável para instrumentalizar o intérprete e aplicador nos caminhos da realização desse Direito. Porque a retórica utiliza como ferramenta recursos lingüísticos de larga empatia com todos os destinatários da norma jurídica, essa qualidade da retórica já é o suficiente para operar grandes transformações neste mundo jurisdicizado.

CAPÍTULO SEXTO

A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A TEORIA DA IMPREVISÃO

6.1 - FASE INICIAL

Neste subitem, apresentamos as primeiras decisões judiciais que firmaram a teoria da imprevisão no Brasil. Nos subitens seguintes, demonstramos quais as matérias que suscitaram o emprego da teoria da imprevisão na jurisprudência, até o mais recente caso da crise de energia elétrica. O conjunto dessas decisões forma o acervo das provas que confirmam o objeto central desta tese: a admissibilidade da teoria da imprevisão no Direito brasileiro, por meio de um discurso retórico entimemático, fundamentado nos **lugares particulares** do Direito, que são os seus princípios gerais.

O segmento da literatura jurídica mais inclinada a relatar os aspectos formais e históricos das decisões judiciais aponta que o início da aplicação da teoria da imprevisão se deu pela ausência de dispositivo expresso no Código Civil, aliado ao respeito sagrado à doutrina do *pacta sunt servanda*. Tais fatores teriam estreitados a visão da magistratura nacional, porquanto já havia dispositivos que possibilitavam o julgador utilizar um discurso retórico, respaldado no texto vago e indefinido contido no art. 5º da Lei de Introdução ao CC:

“O juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”.

À época, 1940, já dizia Soriano que os juizes brasileiros teriam que abandonar o conservadorismo imbecil e preguiçoso:

O que é preciso é que os juízes brasileiros se não deixem induzir por um conservantismo imbecil e preguiçoso, proferindo, por amor ao absolutismo dos contratos, decisões do porte dessa, a que se refere o voto do Ministro Eduardo Espínola, prolatada, em 1934, pela Corte de Cassação francesa, cassando uma decisão da Corte de Apelação, para considerar de válido um contrato celebrado um século antes, em 1845, em virtude do qual u'a mina de carvão era obrigada a fornecer a determinada companhia, ao preço de meio franco a tonelada (1940:234).

Decisões esparsas surgiram muito mais pela ousadia e sensibilidade de seus prolotores do que pela consciência jurídica da necessidade de adoção da **teoria da imprevisão**.

Sobre a primeira decisão fundamentada na teoria da imprevisão, comenta Fonseca que o juiz Nelson Hungria, ao proferir em 27 de outubro de 1930 aquela histórica sentença, teve que se socorrer dos princípios gerais do direito, porque não havia na legislação regra expressa admitindo; “[...] relacionando o seu fundamento a uma questão de interpretação da vontade e ao princípio da boa-fé contratual.” (1943, p. 298).

Dita decisão, contudo, não foi confirmada pela instância superior, a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal:

[...] a aplicação da equidade, baseada na teoria da imprevisão, violaria o princípio de direito em virtude do qual o contrato é considerado lei entre as partes; além de que a decisão que fôsse proferida sob tal fundamento seria contrária à tendência que banuiu do Código tanto a restituição *in integrum*, como o instituto da lesão enorme, e não reprimiu a usura (FONSECA, 1943: 300).

Ainda sobre a posição daquele Tribunal, Fonseca acrescenta: “entendeu o aresto que a admissão da cláusula, mesmo do ponto de vista doutrinário, seria mais grave e prejudicial do que o mal que com ela se pretendesse remediar” (1943:300).

Pelo que demonstra a parte final dos fundamentos da decisão prolatada em primeira instância, tratava-se de uma Ação em que a parte Autora pede revisão de contrato com o fito de expurgar a “cláusula oitava” dizendo ser excessivamente onerosa, admitindo o julgador que acaso permanecesse tal dispositivo contratual, estaria sacrificando uma das normas centrais do Direito: *nemo locupletari debet cum aliena jactura*, em prol do formalismo jurídico.

Não “se deve esquecer – reforça o então juiz sentenciante Nelson Hungria – que o excesso de formalismo incorre na censura do *summum jus summa injuria* e, por isso mesmo, Montesquieu, nas *Lettres Persanes*, já o estigmatizava como “*la honte de la raison humaine.*” (HUNGRIA *apud* FONSECA, 1943, p. 299).

Em face de ter sido a primeira decisão judicial adotando a cláusula *rebus sic stantibus*, pelo ineditismo, entendemos em transcrevê-la:

Há, porém, a considerar, na espécie, que um evento extraordinário, imprevisto e imprevisível, veio alterar profundamente o ambiente objetivo dentro do qual se operara o acôrdo das vontades, a *voluntas contrahentium*.

Ora, a resolubilidade dos contratos de execução futura, em virtude de subsequente mudança radical do estado de fato, não é contemplada expressamente em nossa lei civil, mas decorre dos princípios gerais de direito e exprime um mandamento de equidade.

A jurisprudência, com o apôio da doutrina tem decidido que tais contratos devem entender-se *rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus*. É uma cláusula resolutória implícita, subentendida.

Desde o momento que um fato inesperado e fora da previsão comum destrói por completo a equação entre a prestação e a contraprestação ajustadas, deixa de substituir o que Oertmann chama a base do contrato “(Geschaeftsgrundlage), isto é, o pensamento das partes, manifestado no momento de celebrar-se o contrato, acerca da existência das circunstâncias determinantes.

É comezinha regra da hermenêutica, que remota a Papiniano, a de que, nas declarações da vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal

da linguagem. *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam spectari placuit.*

Este critério de exegese está, aliás, consagrado no art. 85 do nosso Código Civil.

Ora, um fato imprevisto e imprevisível, que sobrevém, modificando radicalmente o complexo de circunstâncias, que foi o necessário pressuposto de fato do acôrdo das vontades, não pode considerar-se incluído no vínculo contratual, por isso que *voluntas non fertur ad incognitum*.

A *lex privata*, a *juris necessitas*, decorrente da letra do contrato, tem de ceder ao princípio da boa-fé, ao soberano senso da equidade, que vem informando o direito, desde que êsse, desprendido do rigorismo formal das Doze Tábuas, entrou de evoluir para a sua concepção espiritualística.

É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão dêste. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido mesmo admitida como um corolário da teoria do êrro contratual.

Considera-se como já viciada ao tempo em que o vínculo se contrai a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar ser falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da preciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diversas.

É o que acontece no caso *sub judice*.

Assim, atribuir-se eficiência jurídica atual à cláusula 8ª do contrato a fls. 7, será “evidentemente sacrificar ao formalismo uma das normas centrais do Direito, qual a de que *nemo locupletari “debet cum aliena jactura”*. Não se deve esquecer que o excesso de formalismo incorre na censura do *summum “jus summa injuria”*, e por isso mesmo é que Montesquieu, nas *Lettres Persanes*, já o estigmatizava como “*la honte de la raison humaine*”(*apud FONSECA, 1943: 298-299*)

O juiz Nelson Hungria demonstra, em sua inédita decisão, os fundamentos jusfilosóficos que alicerçam a **teoria da imprevisão**. Tais pressupostos serviram de base para uma minoritária corrente que lhe sucedeu desde então, a justificar a aplicação dessa teoria como fórmula argumentativa a partir de uma interpretação mais aberta do Direito que prestigia o social em detrimento de um individualismo mesquinho e anacrônico.

Buscou Hungria nas fontes dos princípios gerais do Direito, uma vez que não havia regra escrita que respaldasse o que para si era a melhor decisão, como assim justifica: **resolubilidade** dos contratos de execução futura, em virtude de subsequente mudança radical

do estado de fato, não é contemplada expressamente em nossa lei civil, mas decorre dos **princípios gerais de direito e exprime um mandamento de equidade.**

No primeiro momento, Hungria demonstra quais os requisitos para que venha a ser acolhida pelo intérprete a cláusula exonerativa: “evento extraordinário, imprevisto e imprevisível”. Fatos e situação jurídica diferentemente do “ambiente objetivo dentro do qual se operara o acôrdo de vontades, a *voluntas contraehentium*”.

Na seqüência, ressalta aquele magistrado que a cláusula *rebus sic stantibus* está implícita, subentendida em qualquer contrato, emergindo-se desde que ocorra um “fato inesperado e fora da previsão comum que destrua a equação entre a prestação e a contraprestação ajustadas.”

A lei entre as partes – *lex privata* - o *pacta sunt servanda*, cede espaço a princípios mais abrangentes e dotados de maior conteúdo ético, social e jurídico, como o princípio da boa-fé e da equidade. Tais princípios – segundo Hungria – “vêm informando o direito, desde que esse, desprendido do rigorismo formal das Doze Taboas, entrou de evoluir para sua concepção espiritualista.”

Reafirma Hungria, em outro trecho dessa decisão, que está na cultura e na consciência do intérprete adotar ou excluir os princípios gerais de Direito como uma possibilidade adequada de buscar valores sociais que devem ser perseguidos pelo Direito, e que, mesmo que não exista regra, é possível se chegar a uma solução justa. “A razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste.” Para que assim ocorra, é preciso que o juiz esteja despido de algumas amarras do seu próprio mundo interior como do exterior.

Em instância de segundo grau, a **teoria da imprevisão** foi admitida, pela primeira vez, pelo Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 27 de novembro de 1934. A sentença do juiz Emmanuel Sodré – no mesmo sentido da decisão do juiz Nelson Hungria – foi reformada pela 4^a Câmara daquele Tribunal, pelo acórdão de 22 de maio de 1934, contudo, em sede de embargos perante as Câmaras Cíveis Conjuntas, a decisão de primeiro grau foi mantida, por maioria (FONSECA, 1943: 302).

O acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis Conjuntas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal restaurou a sentença de primeira instância, deixando evidenciado que se não há norma expressa determinando a adoção da **teoria da imprevisão**, se a legislação é falha, existe, contudo, a possibilidade de aplicar tal preceito segundo os **princípios** existentes na ordem jurídica.

[...] Não temos, é certo, no nosso direito positivo uma disposição expressa mandando aplicar nos contratos de execução sucessiva ou a termo a cláusula *rebus sic stantibus*. Mas, se essa disposição expressa falha, não falham no corpo de nossa legislação civil preceitos que consubstanciam os seus princípios, tais como os contidos nos artigos 85 do Código Civil e 131, I, do Código Comercial (FONSECA, 1943:302).

Visivelmente, aí consta uma dicotomia: dogmática *versus* retórica. Porque não havia dispositivo legal, a **teoria da imprevisão** mostrava-se impossibilitada de ser aplicada. No discurso das Câmaras Conjuntas, tal existência era desnecessária, porquanto bastariam os princípios, “como os contidos nos artigos 85 do Código Civil e 131, I do Código Comercial”.

Os dispositivos citados não determinam a aplicação da **teoria da imprevisão**, no entanto seu texto empresta à retórica o argumento necessário para fundamentar a admissão dessa teoria, com base na intenção da vontade. Comentários sobre tais dispositivos já fizemos no Capítulo Terceiro, item 3.2.

Tratava-se, pelo visto, de uma Ação em que a parte exigia o cumprimento do contrato. Fatos imprevisíveis à época, como a Revolução de 30, e outros – como informa o acórdão – teriam levado uma das partes a não cumprir como o avençado. O juiz de primeira instância teria julgado improcedente a Ação, sob o fundamento de que na hipótese era de se aplicar a **teoria da imprevisão**. Irresignada a parte vencida apelou. A 4ª Câmara, que recepcionou o recurso, deu-lhe provimento, reformando a sentença. Em sede de embargos infringentes e de nulidade recorreu a parte vencida perante às Câmaras Cíveis Conjuntas¹⁵, o acórdão foi reformado, restaurada a sentença de primeiro grau que acolheu a **teoria da imprevisão**.

Desse acórdão, o vencido recorreu ao Supremo Tribunal Federal:

RE nº 2.675 [...]sob o fundamento de haver divergência de jurisprudência e ter sido o aresto de 27 de novembro de 1934 proferido contra preceito expresso de lei federal, não se conheceu dele, considerando-se assim, implicitamente, que o acolhimento da cláusula r.s.s. não viola os dispositivos do Cód. Civil invocados pelos recorrentes. O primeiro acórdão de 22 de novembro de 1935, nesse sentido, foi confirmado pelo de 5 de janeiro de 1938, proferido em grau de embargos.” (FONSECA, 1943, p. 303-304).

Ao se manifestarem, nesse Recurso Extraordinário (RE nº 2.675), os Ministros Carvalho Mourão e Eduardo Espínola destacaram que é verdade que o Código Civil não cogita da chamada cláusula *rebus sic stantibus*. Para o Min. Eduardo Espínola, não temos regra que permita, “tampouco, qualquer regra que a proíba de modo terminante” (FONSECA, 1943, p. 304).

Raciocina na mesma direção, Maia, ao dizer que, pelo fato de não existir no Código Civil a **teoria imprevisão**, não estava a sua aplicação interdita. “Permitem-na os

¹⁵ Compunha aquele sodalício o então magistrado, Desembargador Pontes de Miranda, a favor da cláusula *rebus*.

próprios princípios gerais de Direito nos seus domínios de fonte subsidiária do direito” (1959, p. 245).

Os princípios de direito funcionam como “premissas particulares” do próprio Direito, de que falava Aristóteles, na *Arte Retórica* (s/d, p. 37), cabendo ao intérprete inúmeras possibilidades tanto para adotá-los como para refutá-los.

Após essa decisão do STF, deixou de ser tabu a aplicação da **teoria da imprevisão** no Judiciário brasileiro, o que não significa dizer que, daí por diante, tenha essa Corte, pacificamente e de modo geral, adotado, mesmo em casos análogos, o emprego dessa teoria.

Desse modo, em levantamento cronológico, a primeira sentença foi proferida em 27 de outubro de 1930, o primeiro acórdão de segunda instância em 27 de novembro de 1934 e o primeiro acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 5 de janeiro de 1938, vinte anos após o término do primeiro conflito bélico mundial e da vigência da *Lei Failliot*, que reconhece a **teoria da imprevisão**.

A admissibilidade da teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira foi então introduzida porque o modelo dogmático de interpretar as questões relativas aos contratos de execução diferida e trato sucessivo cedeu ao método retórico que, utilizando seus próprios modelos entimemáticos, mostrou-se capaz de superar o pensamento jurídico, tradicionalmente dominante, do respeito absoluto à irretratabilidade dos contratos.

Daquela data em diante, o discurso jurídico revisional e resolutivo, naquelas hipóteses de contratos de execução diferida e trato sucessivo, passaram a ser fundadas nos princípios gerais de Direito, que nada mais são do que **premissas particulares do Direito**. Daquela data até os dias atuais, não tem sido pacífica a sua aplicação. É incerta e provoca

sempre o mesmo debate em torno da supremacia, ou não, do *pacta sunt servanda*, outra premissa particular do Direito que se presta para negar a aplicação da teoria da imprevisão.

Daí se possa explicar por que o Judiciário teve sempre que buscar, nos princípios gerais de Direito, a fundamentação de suas decisões, por serem os mesmos dotados de um forte apelo argumentativo, capaz de vencer o dogma da “reverência eclesiástica à literalidade da lei”, da irretratabilidade das convenções, incutida na consciência social desde o tempo dos romanos, mais acentuado no século XVIII, com o liberalismo.

Trata-se, em resumo, de se enxergar: de um lado, um contrato e uma legislação que ampara; do outro lado, fatos imprevisíveis, inexistência de lei que assegure a revisão ou desfazimento do negócio. Acima dessas duas situações, o Direito não lograria resultado se não utilizasse um discurso retórico que transformasse **opiniões** em axiomas, apelidados de princípios gerais.

De modo que o Judiciário brasileiro, a jurisprudência que se formou ao longo desses 72 anos, quando admitiu a **teoria da imprevisão** como solução para o caso concreto, fez com que assumissem os princípios gerais de direito uma posição de maior magnitude do que a própria lei que obriga o cumprimento das obrigações contratadas. São, portanto, os princípios gerais de direito, notadamente, na hipótese o da boa-fé e o da equidade, os grandes responsáveis pelo discurso jurídico, pela retórica judiciária na solução dos casos de revisão e resolução contratual.

6.2 - EVOLUÇÃO E ATUALIDADE

Segundo anotação de Sidou (1963, p. 60-61), por decisão tomada pela Segunda Turma, no RE nº 91.715, Relator Min. Rocha Lagoa, o STF em 25.8.1950, acolheu a teoria na Justiça do Trabalho.

Desde, porém, que o STF admitiu a teoria da imprevisão naquela histórica decisão de 1938, ficou mais fácil para outros tribunais aplicarem, embora timidamente – como lembra Sidou – citando decisões: 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, em 3.8.1943, vazada nos seguintes termos:

O contrato pode ser revisto pelo juiz, reduzindo as obrigações, estabelecendo o equilíbrio econômico entre as partes, mas a rescisão só deve ser estabelecida em determinadas condições (1963, p. 60-61).

Em sentido contrário, negando a aplicação da **teoria da imprevisão**, mesmo com a superveniência da guerra ou a suspensão de relações diplomáticas, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1942 (AC nº 16.794, seção de julgamento em 15 de setembro de 1942), manteve contrato de locação firmado entre brasileiros e sociedade estrangeira:

Força Maior – Locação contratada por sociedade estrangeira – Superveniência de guerra – Quando não exime a parte de cumprir o contrato. Cláusula “rebus sic stantibus”- Sociedade estrangeira fechada – Evento de previsão possível ao tempo do contrato de locação – Rescisão injustificável. A superveniência do estado de guerra ou a suspensão de relações diplomáticas não autoriza a rescisão de contrato se era possível a sua previsão ao tempo do compromisso assumido (CUNHA, 1979, p. 47).

Também negando aplicação da **teoria da imprevisão** foi a decisão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, na Apelação nº 21.464 em 11 de abril de 1944. O acórdão manteve os termos da sentença “por seus próprios fundamentos”, da qual se extraem estas passagens:

.....

3) Teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*)

Andou mal a ré, invocando a seu favor a cláusula sobentendida da *laesio superveniens*, desde que o nosso direito positivo não consagrou ainda a doutrina da imprevisão, como norma geral e, ademais, a ela não se referiram as partes contratantes.

Se as partes não cogitam dessa cláusula – ensina, com toda proficiência, o maior Aristarco das letras jurídico-comerciais indígenas – Carvalho de Mendonça (“Trat. de Dir. Com. Bras.”, vol. VI, p.I, pág. 62) – manifestando a vontade de manterem o até final o mesmo ambiente econômico e social reinante no momento de formarem o negócio jurídico, notadamente se bilateral (contrato), com prestações continuadas ou por qualquer modo deferidas (*quid habet dependentiam de futuro*), ou, se a lei não fez ressalva, ocorram, embora, profundas e inesperadas mudanças nas circunstâncias de fato, esse negócio jurídico permanece em plena eficácia.”

Em face do nosso direito constituído, portanto, o belo trabalho, feito pelo digno patrono da ré, em torno da **superveniência contratual**, tem, por ora, valor meramente doutrinário e acadêmico, de vez que ainda não está vigente o Código Nacional das Obrigações, que agasalhou em seu artigo 322.

Ademais, a doutrina da imprevisão, baseada nos **princípios da boa fé e da equidade**, tem, apenas, a virtude de amenizar o rigorismo contratual, através de um critério deixado ao prudente arbítrio do juiz, seja modificando o cumprimento da obrigação, seja prorrogando-lhe o termo ou reduzindo-lhe a importância.

Como quer que seja, porém, dela não nos ocuparemos, acolhida como ainda não foi no direito positivo pátrio, nem a ela os pactuantes fizeram referência no contrato de fls. RT, 530: 643-648. (Grifo nosso)

Em 1950, o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo passou a admitir, conforme aresto de 4.9.1950:

A teoria da revisão, aos poucos, vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque em face da injustiça do convencionado, do desequilíbrio evidente, da ruína talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz cruze os braços (SIDOU, 1963, p. 60-61).

Em 1959, afirmando ter amplo abrigo na jurisprudência brasileira e referindo-se expressamente sobre a derrogação do princípio *pacta sunt servanda*, admitiu o TJDF a **teoria da imprevisão** em relação ao desordenado e galopante aumento de preços de materiais de construção. A ementa está vazada nos seguintes termos:

Teoria da imprevisão – Amplo abrigo na jurisprudência brasileira – Derrogação do princípio *pacta sunt servanda*. Escapa a qualquer previsibilidade o desordenado e galopante aumento de preços, principalmente dos materiais de construção, de forma que o cumprimento de uma empreitada pela normal estimativa à época da convenção traduziria enriquecimento de outra. Se inexistente no contrato cláusula expressa de renúncia ao direito de reajustamento este deve ser amparado. (RT, 305:847).

Atente-se, na hipótese, tratar-se de contrato de empreitada, havendo norma expressa proibitiva de se exigir acréscimo no preço, a teor do art. 1.246 do Código Civil, *verbis*:

O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito de exigir acréscimo no preço, ainda que o dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se aumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

Desse modo, o TJDF reforçava o entendimento da suprallegalidade do princípio jurídico no discurso jurídico que o intérprete maneja de acordo com suas convicções, como já nos referimos em outra parte deste trabalho, ainda que afronte regra expressa contida no CC.

Em sentido contrário da decisão adotada por aquele tribunal, dessa feita entendendo que aumento de salários e alta do custo de materiais não justificam a revisão dos contratos, embora reconhecendo que, no Brasil, é pacífica a aplicação da **teoria da imprevisão**, o TACSP, no acórdão da 1ª Câm. Cível, em 29 de abril de 1968, proferiu o seguinte aresto:

No Direito brasileiro, a discussão em torno da cláusula *rebus sic stantibus* ou da teoria da imprevisão, está superada. Todavia, a sua invocação depende de prova de fatores imprevisíveis e anormais, não se podendo considerar como tais o aumento do salário mínimo e a alta do custo de materiais. (RT, 387:177).

A aplicação da cláusula fica dependente somente da existência de fatos imprevisíveis e anormais desde que assim entenda cada intérprete o que seja imprevisível e anormal, embora, como realçou o tribunal, tenha cessado no Direito brasileiro, a discussão com relação à aplicação da teoria da imprevisão.

Em 1969, o STF em decisão da Segunda Turma admite o cabimento da cláusula em reajustamento de preços, ressalvando, contudo, que constitui matéria que depende de prova a cargo das instâncias ordinárias:

Como se vê da Jurisprudência mencionada no acórdão proferido pela antiga 1ª Turma em 28.5.68, no RE 64.152, Relator o eminente Min. Oswaldo Trigueiro (RTJ 46/131) nem a doutrina nem a jurisprudência se recusam no Brasil a adotar a teoria da imprevisão. E o Supremo Tribunal Federal não considera que ocorra negativa de vigência do art. 1.246 do CC na revisão dos preços da empreitada por causa da superveniência de imprevisível encarecimento de salários ou de material. Só que a medida dessa imprevisibilidade constitui matéria de fato em cuja ponderação prevalece a competência das instâncias ordinárias, como no caso em julgamento. (RTJ, 51:187).

Porquanto, do ponto de vista dogmático, nada há que justifique o STF deixar de aplicar o preceito do art. 1.246 do CC, o que fica demonstrado que, para negar vigência a tal dispositivo e, em seu lugar, admitir a teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira, construiu-se toda uma retórica pontificando valores que guarnecem os princípios gerais de direito, dando-lhes *status* como de maior relevância do que meras regras jurídicas. O mesmo discurso desde os anos 30, permanece nos dias atuais. O exemplo a seguir demonstra, indubitavelmente, essa assertiva.

O STF, comungando-se com a doutrina, difundiu em seus arestos os pressupostos a que estaria sujeita a admissão da teoria da imprevisão:

I – Imprevisibilidade: Ac. do Tribunal Pleno do STF, de 22 de abril de 1971:

Teoria da imprevisão – Não é enquadrável no caso vertente, em que a previsibilidade, nas mutações contratuais, foi perfeitamente antevista. Acórdãos que não conflitam com o aresto embargado. Embargos não conhecidos.¹⁶

Em seu voto, o Min. Adalício Nogueira ressaltou:

Com efeito, a teoria da imprevisão só encontra enquadramento e oportunidade nos contratos a longo prazo, cujas mutações são insuscetíveis de previsibilidade, acarretando para as partes contratantes danos que não podem ser previamente calculados e antevistos. Não é o que ocorre no caso vertente.

II – Contratos de execução continuada, periódica ou diferida: Ac da Primeira Turma do STF, de 29 de maio de 1973:

Rebus sic stantibus – Empreitada. 1 – É certo que a jurisprudência dos tribunais já tem admitido a regra *rebus sic stantibus* em contratos de prazos

¹⁶ RTJ; 57/44

longos e pagamentos periódicos sucessivos no curso do tempo, presumindo-se imprevisível o colapso da moeda por circunstâncias supervenientes. (RTJ, 66:561)

No mesmo sentido:

Rebus sic stantibus – Pagamento total prévio. 1 – A cláusula *rebus sic stantibus* tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. 2 – Não há margem de apelo à teoria da imprevisão, feito em 1964, para reajuste de preço fixado em 1963, com pagamento total e prévio.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a competência sobre matéria legal foi deslocada para o Superior Tribunal de Justiça - STJ (inciso III e alíneas, do art. 105), e, assim, as questões decorrentes de contratos e aplicação da teoria da imprevisão passaram a ser julgadas por esse novo Colégio Recursal em nível de última instância.

Têm sido freqüentes as decisões em torno da **teoria da imprevisão** nas hostes do STJ. Para uma melhor exposição, selecionamos, por tema, as decisões sufragadas por aquela Corte e por outras instâncias.

6.3 - PLANOS ECONÔMICOS

De crise, inflação e dificuldade o Brasil efetivamente nunca se libertou, herança maldita da incompetência de seus governantes. Sendo merecedor do debate jurídico já em 1956, Campos, enfrentando o tema, declinava:

[...] no regime inflacionário cada vez mais ascensional no nosso país, numa verdadeira espiral, nós nos batemos pela aplicação da cláusula “*rebus sic stantibus*.”

[...] Ela, pois, fará com que reine, nas convenções, a Justiça e a Equidade, anseio supremo da humanidade na sua luta pela vida e pelo direito (1956, p.4).

Espantava-se Campos com a inflação em **1956**, dizendo:

O nosso grande edifício econômico-jurídico se encontra profundamente corroído, fato que lhe abala os alicerces, numa ameaça de desmoronamento total (1956, p. 42).

O que teria escrito, 30 anos depois, sobre esse mesmo mal, dessa feita com índice inflacionário em torno de 40% mensal, no período que antecedeu a implantação do Plano Cruzado I, fevereiro de 1986 ?

No julgamento do RE 63.049 em 7.11.67, o então Min. Aliomar Baleeiro afirmava:

[...] frente à notória, confessa e espantosa inflação, nos últimos 25 anos, as indenizações oriundas de responsabilidade civil seriam um escárnio se não se calculassem pela moeda do tempo da liquidação (RTJ, 44:09).

Foi nesses últimos 20 anos, contudo, que têm sido impostas aos brasileiros medidas econômicas de larga repercussão no campo jurídico, servindo o Judiciário como um grande palco dos entrechoques ocasionados pelas mudanças decorrentes desses “milagrosos” planos econômicos de salvação nacional, como sustentaram ser o Plano Cruzado I e II, Bresser, Collor I e II e, por fim, o Real.

Em sua vertente econômico-social, os planos são editados para pôr fim aos enormes problemas ligados às dificuldades econômicas e a situação social difícil a exigir a presença do Estado de forma plena e efetiva. Do ponto de vista jurídico-formal, os “planos” se apresentam em forma de lei, com forte carga de autoritarismo, invadindo todos os domínios jurídicos.

O efeito das medidas legais impostas sobre os negócios jurídicos privados é sempre imprevisível. Não se pode afirmar que os mesmos atingem negativamente todo um

segmento, e que outros só gozem benefícios. O que se pode afirmar, com certeza, é que “mexe” em todos, no *status quo ante*, altera, pouco ou muito, em curto, médio e longo prazos.

O pior dos planos econômicos não ocorre no momento de sua implantação, acontece quando os efeitos começam a aparecer, a confiança depositada pela população nas medidas econômicas começa a se transformar em decepção e conflito, como registra o juiz Vieira Neto:

As pressões, então, recaem no já sobrecarregado e desaparelhado Poder Judiciário, que se tem de desdobrar para fazer frente ao volume crescente e à complexidade de modernos temas, que não podem ser resolvidos por conceitos dissociados dos problemas sociais e econômicos contemporâneos, inclusive o paulatino empobrecimento da maioria da população brasileira, a que se contrapõe o progressivo enriquecimento de uma casta privilegiada (1993:06).

As demandas judiciais surgem repentinamente, porém, em ritmo diferente; o mesmo não acontece com as decisões judiciais em todas as suas instâncias. O exemplo que relatamos no Capítulo Segundo, o STF, no “Plano Collor I”, nunca chegou a apreciar o mérito da ADIn, que pedia a declaração de inconstitucionalidade do “bloqueio dos cruzados”. A ação foi extinta sem julgamento do mérito, por ter perdido o objeto, antes de aquela Corte se pronunciar, decorridos mais de dois anos, o Governo já teria liberado os depósitos. É sempre assim, decorrido um longo tempo, começam a surgir as primeiras decisões pretorianas sobre os conflitos decorrentes dos efeitos de medidas econômicas, ditas emergenciais.

É natural que essas surpresas que os “planos” apresentam tragam modificações que alterem as bases dos negócios contratados sob uma égide diferente e, sendo assim, tais alterações sejam submetidas à apreciação judicial por reivindicação das partes prejudicadas.

O grande discurso jurídico, nessa temporada de plano econômico, tem demonstrado ser a **teoria da imprevisão**, com seus postulados de forte carga axiológica

haurida dos princípios da boa-fé e da equidade, a fundamentar o rompimento do *pacta sunt servanda*, da irretratabilidade da autonomia da vontade.

Assim, o Judiciário sobreleva o fato externo e alheio à vontade das partes, tornando sem relevância a obrigatoriedade do cumprimento da avença, para fazer prevalecer princípios que informam a ordem jurídica e daí admitir a revisão ou resolução dos contratos.

A “reforma monetária”, que surge no bojo desses planos econômicos, não se trata de um risco inerente a qualquer negócio, que possa ser previsto e assumido pelas partes, mas uma “incerteza que se enquadra perfeitamente na teoria da imprevisão” (WORLD, 1989, p. 29).

Parece óbvia a afirmação de que a incerteza se enquadre no conceito de imprevisão, porque o surgimento repentino de uma reforma monetária, de um plano econômico, ou decorrente de seus desdobramentos como os “ajustes”, “correções de rota”, caracterizam-se pela imprevisão de suas medidas; a repercussão de seus efeitos, acaso altere o equilíbrio contratual, deverá ser corrigida com a intervenção judicial.

O Plano Cruzado I foi instituído em 28 de fevereiro de 1986, mudando o padrão monetário para Cruzado, impondo um congelamento de preços e salários, como medida extrema para resolver o caos econômico proveniente de uma galopante inflação. Decorridos alguns meses, passada a euforia que mobilizou toda a nação, obtida a vitória eleitoral no pleito de 15 de novembro daquele ano, eis que, no dia 20, o Governo decreta o Plano Cruzado II, tentando, em vão, salvar os escombros do Plano I, inclusive sua credibilidade.

Frustradas as tentativas com os Planos Cruzados, em 12 de junho de 1987, surge um novo pacote econômico, dessa feita levando o nome do titular da pasta da Fazenda,

Min. Bresser Pereira. O chamado “Plano Bresser”, como ficou conhecido, nasceu com a pretensão de durar pouco tempo, congelar os preços e salários por 90 dias. Inútil, decorrido o lapso temporal, a inflação dispara, e a nação volta a conviver com índices inflacionários insuportáveis.

Nos períodos em que esses planos econômicos eram vigentes, as pessoas firmaram contratos na esperança de que a inflação não voltaria: o fim da inflação era o discurso oficial transmitido com veemência e persuasão a fazer todos acreditarem.

Tais contratos, firmados numa época de estabilidade e prosperidade econômica, vão ser depois executados numa realidade bem diferente, dessa vez em um panorama inflacionário estratosférico. Naturalmente, a partir dessas mudanças, começaram a desaguar, no Judiciário, as ações revisionistas e resolutivas contratuais, tentando levar a efeito a aplicação da **teoria da imprevisão**.

O Superior Tribunal de Justiça, que surgiu com a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, foi que se incumbiu de recepcionar parte dos processos iniciados anteriormente pós-malogo de alguns desses planos.

Desde então, o STJ tem admitido, em seus julgados, a prevalência de manter o equilíbrio entre as perdas e os ganhos das partes alterados com o advento dos planos econômicos impostos à sociedade brasileira, nessas últimas décadas, conforme acórdãos que transcrevemos abaixo.

No Recurso Especial nº 135.151, em que foi relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar, entendeu por unanimidade a quarta turma de alterar contrato de promessa de compra e venda acordado sem correção monetária durante a vigência do Plano Cruzado. Com o malogo desse plano e a volta da inflação, o comprador passou a auferir vantagem excessiva

em detrimento do vendedor, que se viu obrigado a congelar os valores das prestações diferidas por imposição de medidas governamentais. Frustradas as expectativas, o vendedor promoveu ação de revisão contratual, tendo o acórdão dado provimento ao apelo, concedendo revisão contratual para atualizar as prestações de “modo a refletir a inflação depois da celebração do contrato”. O acórdão está vazado nos seguintes termos:

Promessa de compra e venda. Fato superveniente. Ação de modificação do contrato. Plano Cruzado. Correção monetária. Celebrado o contrato de promessa de compra e venda, com prestações diferidas, sem cláusula de correção monetária, durante o tempo de vigência do plano cruzado, quando se esperava debelada a inflação, a superveniente desvalorização da moeda justifica a revisão do contrato, cuja base objetiva ficou substancialmente alterada para atualizar as prestações de modo a refletir inflação acontecida depois da celebração do negócio. Precedente. Recurso conhecido e provido.¹⁷

Isolando a motivação que levou o STJ a aplicar a **teoria da imprevisão**, como a onerosidade excessiva e o enriquecimento injusto da outra parte, o que nos parece também importante é matéria que não se aprecia nesses e nos demais arestos. Trata-se do fato de o Poder Judiciário como um todo, nessas hipóteses de que trata o REsp nº 135.151, desconsiderar o **ato jurídico perfeito**, de que se reveste o contrato, para admitir sua revisão ou resolução com base em princípio geral de direito, supostamente violado por acontecimentos imprevisíveis alheios à vontade das partes, porém emanados do poder público, quando então a esse caberia a responsabilidade integral pelos prejuízos causados a todos aqueles que foram prejudicados.

O mesmo Estado que governa e provoca o dano deve sofrer a sanção imposta pelo Estado-Juiz em prol da segurança dos negócios jurídicos.

Os efeitos de uma superveniência carimbada, aquela em que se sabe quem a provocou, deve ser debitada a responsabilidade pelos prejuízos ao seu

autor, não ao cidadão comum que, confiando nas instituições jurídicas, contrata com a certeza que o sistema demonstra ter para garantir a plena execução da obrigação.

Não se quer dizer que a **teoria da imprevisão** não deva ser aplicada ocorrendo aquelas hipóteses aqui comentadas, entendemos que sim, que deva ser aplicada. Outra coisa é dizer que, do mesmo modo como qualquer das partes está impedida de ter dado causa ao acontecimento imprevisto sob pena de não poder alegar em seu favor a **teoria da imprevisão** para se beneficiar, também queremos afirmar que, se for conhecido o responsável pelos acontecimentos supervenientes, deverá este ressarcir os prejuízos da parte que se sentir prejudicada.

Tomado como exemplo, o caso do Plano Cruzado I foi uma fraude que o Governo articulou para ganhar as eleições de 15 de novembro de 1986, e todo brasileiro consciente sabe que foi isso que aconteceu. Não será demais debitar ao Governo os prejuízos que causou a terceiros por conta do estelionato praticado contra a economia popular, tendo atingido todas as relações contratuais.

A **imprevisão** é o acontecimento, é o fato em si mesmo, que decorre de uma causa, o fenômeno que antecede o fato imprevisível. Por exemplo, uma fatalidade na vida de um dos contratantes poderia impossibilitá-lo de cumprir com o contrato e aí provocar sua ruína e um benefício para a outra parte. Estaria então na fatalidade a causa imprevista capaz de autorizar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

Desse modo, sempre haverá na **imprevisão** uma causa, da qual a imprevisão resulta. Ocorrendo de os elementos genéticos de onde provém a causa serem identificados, e sendo eles sujeitos de direitos e obrigações, haverá aí todas as possibilidades de serem

¹⁷ RESP 135151/RJ. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgamento: 08.10.1997. DJ -

responsabilizados para arcar com o ressarcimento provocado pela revisão ou resolução do contrato.

Discorrendo sobre o tema, Tácito ilustra o entendimento sobre a matéria, acrescentando:

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências. A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais (terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (controle econômico, bloqueio de preços) que induzem a greve [sic] e inesperada ruptura do equilíbrio financeiro do contrato (1997, p. 209).

A responsabilidade do Estado, por conta de prejuízos causados a particulares, está consagrada no texto constitucional, desde a Constituição de 1946, que previa:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

As Constituições de 1967 e a EC nº 1º/1969 consignaram em seus textos esse mesmo dispositivo. Por agora, a Constituição vigente no § 6º do art. 37, estabelece:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não há dúvida, como na hipótese do REsp.135.151-RJ supramencionado, que as partes não previram cláusula de correção monetária no contrato confiando na estabilidade do Plano Cruzado. Teria sido então traídos, por esse mesmo Plano, com a volta da inflação.

Se acaso esse plano não tivesse congelado preços, salários, garantido estabilidade, inflação zero, proibido qualquer correção nos contratos, certamente que os contratantes teriam se precavido. Havia, na ocasião, impedimento de se fazer de outra forma, foi então celebrado contrato sem correção monetária.

Logo, para o Governo, autor das medidas, não houve imprevisão porque era possível para sua equipe econômica prever o desdobramento do plano, ainda que não tivesse previsto a dimensão do resultado, porquanto os efeitos do insucesso cabem a quem impôs essas medidas.

Enquanto isso, para o brasileiro comum que assumiu compromisso acreditando nas promessas governamentais, houve uma **imprevisão**. O Plano Cruzado gerou a causa da **imprevisão**, logo o Governo e seus agentes políticos, responsáveis pelo seu nascimento, vida e morte, era que deveria ter assumido pelos danos causados aos particulares.

Contrariamente, a mesma sorte não teve a parte recorrente na Apelação nº 82.406/88, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro **inadmitiu** o recurso por entender que o malogro do Plano Cruzado “não pode servir de fundamento [...]”,

Contrato. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Oneração de uma das partes derivada do processo inflacionário. Fenômeno que, em País onde constante o desequilíbrio econômico, não constitui acontecimento imprevisível e inevitável. Embargos à execução. O malogro do Plano Cruzado não pode servir de fundamento para que a devedora, que firmou com o embargado um contrato de abertura de crédito, após a vigência daquele, possa se eximir das responsabilidades decorrentes do pactuado. Inaceitável a invocação da teoria da imprevisão, com aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, quando as circunstâncias na política econômica e financeira do País, resumidas na inflação e suas conseqüências. Recurso desprovido. (RT, 669:175-177)

O fenômeno da inflação isoladamente, isto é, sem ser decorrente de plano econômico, não tem sensibilizado o Judiciário para acatar a **teoria da imprevisão**, em muito

dos casos, mesmo em se tratando de alto índice inflacionário, como decidiu a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, na Apelação nº. 191095280, em 19.9.91.¹⁸

A inflação é previsível, “não podendo ser invocado como acontecimento imprevisível” como assim se pronunciou a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, na Apelação 12.333, em 7 de novembro de 1989, vazada nos seguintes termos:

Rescisão contratual. Teoria da Imprevisão. Inflação previsível e prevista no contrato. Recurso improvido. Não podendo o fenômeno inflacionário no País ser invocado como acontecimento imprevisível, confirma-se a decisão jurisdicional que perfilhou esse entendimento ao solucionar o conflito de interesse.¹⁹

No mesmo sentido, entendeu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em que foi relator o juiz Armando Mário Bianchi,

O fato novo superveniente, para ter o condão de modificar cláusula contratuais, há que ser de todo imprevisível e de modo a impossibilitar o cumprimento da obrigação, não podendo ser considerado com tal o alto índice de inflação, verificado em determinado período, nem o descompasso entre a correção monetária e o valor dos produtos agrícolas.²⁰

Da lavra do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, sendo relator o Des. Benedito Pereira do Nascimento,

Rescisão contratual. Teoria da imprevisão. Inflação previsível e prevista no contrato. Recurso improvido. Não podendo o fenômeno inflacionário no País ser invocado como acontecimento imprevisível, confirma-se a decisão jurisdicional que perfilhou esse entendimento ao solucionar o conflito de interesse.²¹

Dando um entendimento mais equânime à questão da inflação, manifestou-se Adroaldo Furtado Fabrício, perante seus pares no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em voto na Apelação Cível:

¹⁸Ementário Selecionado da Teoria da Imprevisão. direitobancario@direitobancario.com.br.

¹⁹Ementário Selecionado da Teoria da Imprevisão. direitobancario@direitobancario.com.br.

²⁰Ementário Selecionado da Teoria da Imprevisão. direitobancario@direitobancario.com.br.

A inflação, por certo era, e, atualmente (após o Plano Bresser), voltou a ser previsível quanto a sua ocorrência...Entretanto, isso não significa em absoluto que os próprios índices sejam razoavelmente previsíveis. Estes não estão contidos necessariamente na previsão do homem comum, mediano, nem integram aquela faixa natural de risco inseparável do negócio a termo. (COSTA, 1991, p. 47)

Outro tipo de questionamento sobre o qual o STF se pronunciou, quanto à aplicação da **teoria da imprevisão**, trata-se da hipótese de antecipação do capital, isto é quando ocorre de a parte contratada receber antecipadamente parte do preço ajustado. A Segunda Turma, tendo como relator o Min. Aliomar Balleiro, no RE 64692/SP, julgado em 5 de julho de 1968, entendeu ser “invocável aquela regra”:

Rebus sic stantibus. A Cláusula protege, em princípio, contrato de prestações sucessivas recíprocas. Não pode ser invocada nos casos em que há antecipação do capital. Não nega vigência de lei federal a decisão que, apreciando cláusulas contratuais, considera não invocável aquela regra.²²

A hipótese é de aplicação da **teoria da imprevisão** como forma de restabelecer o equilíbrio contratual. O fato de o pagamento ser antecipado deve ser levado em consideração, contanto que não seja por isso que o contratado tenha que assumir todos os riscos extraordinários.

Ultrapassada a fase dos planos econômicos, o fato que suscitou novamente a teoria da imprevisão ocorreu em janeiro de 1999, quando então o Governo desvalorizou o real em relação ao dólar americano. Tais questões são tratadas na ótica do Código de Defesa do Consumidor, o que prevê a revisão dos contratos por fatos supervenientes que torne as prestações excessivamente onerosas.

²¹Ementário Selecionado da Teoria da Imprevisão. direitobancario@direitobancario.com.br.

²² <http://www.stf.gov.br>. RE – 64692/SP. Relator Min. Aliomar Baleeiro. Segunda Turma. Julgamento: 05.07.1968.

Ainda que a solução pareça estar na lei, isso não garante que será a mesma aplicada, porquanto depende de qual solução o interprete pretende dar. Qualquer que seja, haverá como fundamentar a decisão nos **lugares particulares** do Direito.

6.4 - CONTRATOS COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Assumindo uma postura mais objetiva e consentânea com os dias atuais, surge, na ordem jurídica brasileira, o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11.09.1990 – dispondo expressamente no inciso V do art. 6º como sendo direitos básicos do consumidor: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Antes, o legislador constituinte, nos dispositivos do inciso V do art. 170 da Constituição de 1988, elevou, à categoria de **princípio geral da atividade econômica**, a defesa do consumidor, estabelecendo, inclusive, a obrigatoriedade do Estado de promover, na forma da lei, essa defesa (inciso XXXII art. 5º da Constituição Federal de 1988).

O Código de Defesa do Consumidor:

[...] cuida de matérias que têm natureza civil, mercantil, administrativa, penal e processual. Essa interdisciplinaridade tem sido típica das legislações modernas, convertendo-se em minicodificações não especializadas. O Código traz inovações de uso consagrado no direito positivo estrangeiro sobre consumidor, com profundas influências em institutos civilísticos fundamentais, tais como a responsabilidade civil e o contrato” (LOBO, 1999, p. 92).

Na verdade, nessa parte, a Constituição de 1988 inovou, os textos constitucionais anteriores não consagraram essa proteção e defesa do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor surgiu em meio a uma previsão constitucional explícita no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo a qual estabelece que o

Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

A intervenção do Estado nesses domínios já era por demais exigida. Algumas relações contratuais já nascem em franco desequilíbrio, evidentemente em desfavor da parte hipossuficiente. Os famigerados contratos de adesão. Os contratos bancários são exemplos que superlotam o cotidiano do Judiciário brasileiro.

Importante frisar que, por força do art. 1º desse Código, suas normas são de ordem pública e interesse social, o que vale dizer que os comandos constantes em seu texto são todos de natureza cogente, porquanto não é facultada às partes a possibilidade de optarem pela aplicação, ou não, desses dispositivos.

Logo, as disposições enunciadas no inciso V do art. 6º são imodificáveis. Trata-se, pelo exposto, de uma proteção contratual, um direito básico do consumidor ter, à sua disposição, a aplicação da **teoria da imprevisão**, não cabendo ao intérprete ou a qualquer aplicador do Direito furtar-se de fazer prevalecer tal dispositivo, ocorrendo a superveniência de onerosidade excessiva, sobrecarregando o consumidor, em virtude de acontecimentos sucessivos à contratação, não previstos pelas partes. A **teoria da imprevisão** aplicar-se-á em toda sua plenitude nas relações de consumo.

Outros dispositivos, além do inc. V do art. 6º, dão um caráter revisionista aos contratos de consumo são as hipóteses elencadas nos incs. IV, X, XIII e § 1º, incs. I a III, todos do art. 51 que tratam das cláusulas abusivas; considerando-as nulas de pleno direito, entre outras: aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inc. IV); permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação de preço de

maneira unilateral (inc. X); autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a quantidade de contrato, após sua celebração (inc. XIII).

O § 1º do art. 51 demonstra que há presunção de vantagem exagerada que beneficia o fornecedor, podendo o contrato ser revisto e até mesmo extinto, quando houver ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (inc. I); quando restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (inc. II) e, quando se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Com tais proibições, vê-se que a declaração bilateral de vontade perdeu sua notória importância nos contratos de consumo, em vista do papel que a lei impõe para assegurar a equidade contratual, notadamente, todo esforço em favor da parte mais vulnerável, o consumidor.

Diante do aparecimento do Código de Defesa do Consumidor, o Direito brasileiro finalmente passou a reconhecer e a aplicar a teoria da imprevisão sem maiores imbróglis e sem aqueles longos arrazoados que empregavam os causídicos e intérpretes defensores dessa teoria, pelos menos em se tratando daqueles feitos que cuidam de matéria relacionada ao consumo de bens e serviços. Porquanto, não necessita o intérprete recorrer a mecanismo de interpretação para fazer prevalecer os fins perseguidos pelo Direito incutido na cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que o próprio texto legal já determina que se faça.

A jurisprudência, nesse sentido, tem procurado ser uníssona nos seus julgados, em torno desta específica matéria que é a teoria da imprevisão nos contratos de consumo, adotando, quase sempre, as mesmas soluções.

O enfrentamento mais recente e de larga repercussão pública, com vista à aplicação da **teoria da imprevisão**, ocorreu no momento em que houve uma mudança brusca na política cambial brasileira a partir de meados de janeiro de 1999.

Havia uma garantia das autoridades no sentido de manter a paridade real *versus* dólar, daí aproveitando-se o sistema financeiro para adotar, nos contratos de *leasing*, a moeda norte-americana.

Embora um grupo de especialistas duvidasse dessa paridade cambial, o fato é que, aparentemente, a grande maioria do país confiava na estabilidade da moeda, o real. Acresce-se a todo esse clima de tranquilidade, as afirmações do Presidente da República à época, em todos os órgãos da grande imprensa nacional, como estas: “O governo não mexe no câmbio”. “Não consideramos a hipótese de alterar a política cambial”, “Desvalorizar a moeda é passado”, “Não vamos desvalorizar moeda nenhuma, porque o Brasil preza o trabalhador, preza o salário”. “Nossa tarefa daqui para frente é consolidar cada vez mais o real. Seu sucesso garantirá trabalho e salário para todos.”

O clima era de confiança, e aparentemente todos estavam seguros da estabilidade que demonstrava o “Plano Real” com a política cambial de controlar a flexibilidade da moeda norte-americana por meio de fixação das chamadas “bandas” máxima e mínima, o que levou os consumidores brasileiros a permitir que o dólar se tornasse moeda de correção dos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*).

Após o dia 13 de janeiro de 1999, quando o dólar valia R\$ 1,32, o Banco Central, no Comunicado nº 6.560, fixou as bandas mínima e máxima do dólar norte-americano em R\$ 1,20 e R\$ 1,32. Dois dias depois, o Governo alterou radicalmente a política cambial, deixando de definir os padrões para flutuação daquela moeda (Comunicado nº 6.565,

de 18.01.1999). Resultado: o valor do dólar, nos dias seguintes, aumentou quase o dobro do que valia em 13 de janeiro.

O descontrole cambial causou uma excessiva onerosidade e desequilíbrio contratual em detrimento da parte hipossuficiente, ocasionando uma situação bem de acordo com a base hipotética prevista no inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

As decisões, como era de se esperar, terminaram desaguando nos tribunais de segunda e terceira instâncias. Na sua grande maioria, o entendimento dos juízes era no sentido de aplicar a **teoria da imprevisão**, contudo, houve vozes discordantes.

Os que entenderam que a hipótese era de imprevisão, utilizaram argumentos muito semelhantes, espelhados nas primeiras decisões de acatamento como a proferida pela Ministra Nancy Andrichi, Relatora do Recurso Especial nº 268.661- RJ, demonstrando que a hipótese era de aplicação do art.6º, inciso V do CDC, porquanto, teria ocorrido onerosidade excessiva, afirmando que esse dispositivo “dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.”²³

Na intenção de demonstrar muito domínio da matéria, explicações, no mínimo curiosas foram proferidas, como esta, no AC 0162148-3 do TAPR que, referindo-se ao inciso V do art. 6º, verberou:

Ali não mais se exige que esses fatos supervenientes sejam imprevisíveis, como na clássica teoria da imprevisão, bastando que sejam inesperados.²⁴

Noutra, dessa feita no APC nº 19990110179707 do TJDF, sobre o mesmo inciso V do art. 6º, diz que

²³ www.stj.gov.br . REsp nº 268.661 RJ (2000/0074504-9).

[...] prescinde de demonstração de fato anormal e imprevisível para que o devedor se libere do liame contratual, porquanto à espécie se trata da cláusula *rebus si stantibus*, e não da aplicação da teoria da imprevisão.²⁵

Outra curiosidade é o convencimento da autoridade judicante de que existe não somente uma, porém duas teorias revisionistas, no mesmo caso concreto, como ocorreu no AC 1827/1999 (26042000), do TJRJ. “Aplica-se à hipótese a Teoria da Imprevisão e a Teoria da Base do Negócio Jurídico.”²⁶

Há ainda o lado da oposição, os que entendem que essa hipótese tratada não se aplica à **teoria da imprevisão**, como tenta se justificar o Des. Sérgio Lúcio de Oliveira Cruz, no mesmo AC 1827/1999, supra:

Para aplicação da chamada “teoria da imprevisão”, há de existir a conjugação de três requisitos: ocorrência de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, onerosidade excessiva para o devedor e enriquecimento inesperado e injusto para o credor. Contrato feito em câmbio, que é, por essência, de risco. Variação cambial possível e previsível. Onerosidade em demasia inexistente, porque coberta pela previsão da possibilidade de variação cambial. Ausência de enriquecimento inesperado e injusto do credor, que, tendo contratado no exterior em moeda estrangeira, nessa é que deve pagar, não se beneficiando, portanto, da elevação do câmbio. Injusto seria impor-se ao credor, que deve pagar em dólar, receber por outro indexador, não contratado.

A posição do TJ de Pernambuco, até onde obtivemos informação, foi no sentido de adotar a **teoria da imprevisão** como solucionadora daqueles casos. A maioria dos seus arestos tem adotado argumento como este em que foi relator o Des. Jones Figueiredo, julgado em 18.11.1999:

Contrato de Arrendamento Mercantil. Leasing. Prestações atreladas à variação cambial. Abrupta maxivalorização do dólar norte-americano em face do “Real”. Desestabilizadas as bases financeiras da pactuação. Revisão de cláusula contratual de pagamento, onerosidade excessiva. Teoria da Imprevisão. Exoneração provisória dos arrendatários ao pagamento pela forma

²⁴ www.tapr.gov.br. AC 0162148-3 (14077).

²⁵ www.tjdf.gov.br. APC 19990110179707.

²⁶ www.tjrj.gov.br. AC 18276/1999 (26042000).

contratada. Preservação do primado do equilíbrio econômico da pactuação, assim captada a vontade negocia.²⁷

6.5 - LOCAÇÃO

A Lei nº 4.403, de 22 de dezembro de 1921, previu a **revisão** nos contratos, o art. 1º, § 3º, “conferindo aos funcionários civis e militares removidos, por motivo de serviço, a faculdade de rescindirem os contractos de locação por que estivessem obrigados.”

Pós-revolução de 1930, o Governo Revolucionário expede o Decreto 19.573 de 07 de janeiro de 1931, que, em sua exposição de motivos, explicava:

Attendendo a que essa concessão não attenta contra o direito de propriedade, envolvendo apenas o reconhecimento de um verdadeiro caso de força maior, e obedece a um alto pensamento de equidade, que o direito moderno acolhe, subordinando, cada vez mais, a exigibilidade de certas obrigações à regra-*rebus sic stantibus*.

O art. 1º desse Decreto dispunha que o funcionário público civil, ou militar, poderia rescindir a locação, de tempo determinado, do prédio de sua moradia, quando removido para servir em outra localidade que lhe não permita manter residência na de situação do prédio locado; ou reduzidos os vencimentos de seu cargo na proporção de mais de 25% ou dispensado do cargo público que exercia.

Ainda na década de 30, a Lei de Luvas – Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, passou a regular as condições e o processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais.

²⁷ www.tjpe.gov.br. AI nº 48852-8.

Na exposição de motivos desse Decreto, ao se referir à perda sofrida pelo inquilino, referente ao “fundo de comércio” do que não lhe assistia o direito a qualquer percepção, findo o contrato de locação, justificava o então Chefe do Governo Provisório:

Considerando assim que não seria justo atribuir exclusivamente ao proprietário tal quota de enriquecimento em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino que criou o valor; Considerando que uma tal situação valeria por um locupletamento condenado pelo Direito moderno.

Em outra parte dessa mesma exposição, realça o esforço de se reconhecer e regular as situações de “[...] justiça e equidade, seguindo destarte a orientação do Direito hodierno [...]”

Percebe-se, pela exposição de motivos inserida nessas medidas de exceção (Decreto nº 19.573/31), como depois se repetiu ao regular as locações comerciais (Decreto nº 24.150/34), que o legislador brasileiro não era alheio às mudanças no pensamento jurídico. Observa-se a insistência em demonstrar a necessidade de o Direito brasileiro estar enquadrado no **Direito hodierno**, a exigir uma reprovação ao **enriquecimento injusto**, e uma aprovação da justeza contratual, da equidade. Ressalte-se, contudo, ser no mínimo curioso um governo ditatorial, como foi a Ditadura Vargas, falar em justiça e equidade, quando a prática do regime é inversa.

Caio Mário – provavelmente sem a vivência adquirida com o passar dos anos – em artigo publicado em 1942, já afirmava que todos esses diplomas que tratam de locação têm o mesmo fundamento, “eles constituem uma legislação *rebus sic stantibus*.” (1942:798).

Fica claro que o Judiciário não empreendeu maiores esforços para adotar mais largamente a **teoria da imprevisão** no Direito brasileiro, por política interna de seus componentes. É que, estando no ordenamento jurídico dispositivo admitindo a cláusula *rebus sic stantibus*, que a acolhe sob expressa fundamentação traduzida na exposição de motivos, ao

intérprete não cabia maiores sacrifícios senão acompanhar – por analogia – o pensamento do legislador na solução de outros conflitos.

Mais recentemente, a legislação inquilinária – Lei nº 8.245 de 18.10.1991 – ao dispor, no art. 19, a possibilidade de revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado, diz que, não havendo acordo, o locador ou o locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderá pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Mas a aplicação da cláusula *rebus* não carecia de maiores esforços hermenêuticos, em face de estar contida na própria lei, que determina a revisão periódica dos aluguéis em razão das condições econômicas e do mercado imobiliário, para que qualquer uma das partes não se locuplete às custas da outra.

No REsp nº 177018/MG, no qual acatou a **teoria da imprevisão**, o relator, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, componente da Sexta Turma do STJ, afirmou que o “princípio do *pacta sunt servanda* deve ser interpretado de acordo com a realidade socioeconômica.”

“Realidade socioeconômica” é um termo muito aberto, polissêmico e indeterminado, que depende de como o intérprete queira dar significado.

A realidade socioeconômica só deve interferir na revisão dos contratos ou na sua resolução, caso o contrato tenha sido firmado numa realidade diferente, o quadro econômico seja outro ao tempo da contratação e tenham ocorrido fatos imprevisíveis.

Se a realidade, no momento da contratação, apresentava-se inflacionária, ou mesmo já estivesse esperando mudanças no curso da execução do contrato, não é caso de se adotar, como solução do conflito, a **teoria da imprevisão**.

Em si, o argumento **realidade socioeconômica** utilizado no aresto, não autoriza, em nosso entender, a revisão ou a resolução. É preciso mais, como a onerosidade excessiva e o enriquecimento injusto da outra parte, para não termos que citar todos os elementos que compõem a base fática hipotética para aplicação da cláusula revisionista.

Alude o aresto em comentário que a “interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo”. O caso dos autos está tipificado na lei inquilinária, e com base em tais dispositivos, foi celebrado o contrato. Porém, no entender do Relator, isso só não basta. Para salvar-se, o julgador buscou, nos princípios gerais do Direito, o argumento que faltava. Atendendo ao que denominou **realização do justo**, era preciso que fosse levada em consideração a cláusula *rebus sic stantibus*. Vejamos o acórdão:

Locação. Revisional. Acordo das partes. O princípio “*pacta sunt servanda*” deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula “*rebus sic stantibus*” cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou prazo para a revisão do valor do aluguel, todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restará comprovado que o último reajuste do preço ficará bem abaixo do valor real cabível, por isso, revisá-lo judicialmente.²⁸

De maneira idêntica, anteriormente já havia consagrado, em outros recursos, o teor do acórdão supra, como se vê abaixo:

Locação. Revisional. Acordo das partes. O princípio *pacta sunt servanda* deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula *rebus sic stantibus* cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou o prazo para a revisão do valor do aluguel. Todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restará comprovado que o último

²⁸ RESP N° 177018/MG. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Sexta Turma. Julgamento: 20.08.1998. DJ 21.09.1998, p. 250.

reajuste do preço ficará bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo judicialmente.²⁹

No REsp nº 136561/MG, em que funcionou como relator o Min. Fernando Gonçalves, da Sexta Turma do STJ, o recurso não foi *conhecido*, porque se tratava de matéria constitucional, no entanto, deixou escapar no aresto:

[...] aplicação de lei nova autorizando a ação revisional de aluguel, antes do prazo avençado, objetivando manter o equilíbrio econômico do contrato, não ofende o **direito adquirido ou o ato jurídico perfeito**. Observância da cláusula “*rebus sic stantibus*”. (BRASIL... REsp. 136561/MG, grifo nosso).

Por literal disposição constitucional – inciso XXXVI do art. 5º da Constituição – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Não distinguindo o constituinte qual o tipo de lei que deva respeitar essas categorias, conclui-se que seriam todas, mesmo aquelas consideradas de ordem pública, que alguns entendem ter aplicação imediata, como as de caráter econômico. Discussão à parte sobre o Direito intertemporal, o fato é que o **princípio da irretroatividade** da lei está consagrado na história do Direito Constitucional brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824 e em todos os textos constitucionais subsequentes (SILVA, 2000, p. 95-107).

A questão que deve se alegada, do ponto de vista dogmático, é que entre os princípios jurídicos existe uma hierarquia, assunto sobre o qual os juristas não comentam, nem esboçam a menor preocupação, porém, em determinados momentos, fica claro que uns princípios gozam de maior legitimidade e eficácia, por isso são considerados mais importantes que outros. São mais reconhecidos: Às vezes tal distinção depende do momento histórico, da realidade política, socioeconômica, etc.

²⁹ ROMS 7399/MS. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Sexta Turma. Julgamento: 25.11.1996. DJ 07.04.1997, p. 1172.

Alguns princípios têm eficácia prolongada, atravessam a História, séculos e outros vicejam como um meteoro. Um exemplo disso, temos com relação ao princípio do *pacta sunt servanda*, o prestígio que antes gozava no Direito romano, depois reacendido com todo vigor nos séculos XVIII e XIX e nas primeiras décadas do século XX, não gozando da mesma atenção nos dias atuais. E o que dizer da cláusula *rebus sic stantibus*, esquecida no apogeu do *pacta sunt servanda* e ressurgida no século XX, após o primeiro conflito mundial ?

Tudo isso responde às seguintes reflexões no âmbito de nossos estudos: a) a irretroatividade da lei é um princípio jurídico de grande aceitabilidade no mundo jurídico; b) entre o interesse coletivo e o individual, o Direito procura atender às expectativas do interesse coletivo; c) sendo assim, os princípios e regras que visam a proteger com mais exclusividade o interesse coletivo, no conflito com o interesse individual, deve ser levado em maior consideração e aplicabilidade aqueles que atendam, com maior exclusividade e atenção, aos interesses da coletividade como um todo, em detrimento do individual.

No caso, para nosso entendimento, o equívoco do REsp nº 136561/MG está em dizer que “a aplicação da lei nova autorizando a ação revisional não ofende o direito adquirido nem o ato jurídico”; ofende, sim, sem dúvida, desde que a aplicação da lei tenha efeito retroativo, alcance os atos consolidados no passado. Agora, se é possível autorizar a revisão por conta de um princípio que visa a alcançar mais os fins do Direito, a resposta é positiva.

O acórdão está vazado nos seguintes termos:

Ação revisional de aluguel. Lei nova. Aplicação. Violação. Art. 5º, XXXVI, CF/1988. Matéria constitucional. 1. A violação ao art. 5º, XXXVI da CF/1988 é matéria constitucional que refoge à competência desta Corte, razão pela qual não pode ser conhecida. 2. A aplicação de lei nova autorizando a ação revisional de aluguel antes do prazo, objetivando manter o equilíbrio econômico do contrato, não ofende Direito Adquirido ou o Ato Jurídico

Perfeito. 3. Observância da cláusula “*Rebus sis Statibus*”. 4. Recurso não conhecido.³⁰

A cláusula *rebus sic stantibus* deve ser aplicada não por conta de uma lei nova que autorize a revisão e, sim, porque o interesse social em jogo, a exigir sua aplicação, tem uma dimensão e uma importância maior para o Direito e desde que ocorram as hipóteses então previstas para aplicação da cláusula exonerativa.

Essa nos parece ser a primeira parte do problema, a segunda é saber se há um direito adquirido por parte do locatário que lhe assegure a não revisão do contrato, ou que assegure uma revisão diferente da nova lei, por ter sido o contrato regido por lei anterior.

A Súmula 65 do Supremo Tribunal Federal, prescreve:

A cláusula de aluguel progressivo anterior à Lei nº 3.494, de 19.12.1958, continua em vigor em caso de prorrogação legal ou convencional da locação.³¹

A hipótese é semelhante ao caso do REsp. Nº 136561/MG. Se é possível admitir lei nova em relação contratual anterior que concede aumento antes do prazo, terá que se admitir, também, *a fortiori*, a plena aplicação de lei nova que exclua o locatário dos aumentos dos aluguéis, com maior razão ante as dificuldades financeiras que o locatário enfrenta, principalmente, nas crises econômicas, com o desemprego, etc.

No mínimo, o que se espera é que haja isonomia, igualdade de tratamento entre as partes. Não se pode admitir a retroatividade apenas para beneficiar um certo tipo de **interessado**. Ou se admite para todos ou para nenhuma das partes demandantes.

O entendimento de Wald, nesse sentido, parece ser pouco esclarecedor, vejamos:

³⁰ REsp. Nº 136561/MG. Relator Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Julgamento: 11.12.1997. DJ: 02.02.1998, p. 149.

³¹ <http://www.stf.gov.br>. Súmula 65.

É incontestável que os contratos de locação constituem atos jurídicos perfeitos, ensejando, para seus titulares, um direito adquirido ao cumprimento das cláusulas contratuais, ou, como já tivemos o ensejo de afirmar, **um direito ao contrato e à equação financeira** (1989; 31-32).

.....
 Há, pois, um consenso no sentido de condicionar todos os efeitos do contrato à lei vigente no momento em que o instrumento foi assinado, mesmo quando tal aplicação importa em ultra-atividade da lei anterior, ou seja, em negar efeito imediato à lei nova. Neste sentido, ensinam Colin e Capitant: "(...) Em matéria de obrigações, laço pessoal entre certos e determinados indivíduos, este interesse deve dobrar-se ante o interesse contrário de estabilidade, é preciso, uma vez fixados os respectivos deveres e direitos, que esses indivíduos possam regular sua conduta patrimonial em consequência e não fiquem expostos às surpresas de uma lei nova" (*Cours Élémentaire de Droit Civil*, 9^a ed., v.I/53, 1939) (1989, p. 31-32).

Admite Wald, pelo texto supra, que há um **direito adquirido ao contrato e à equação financeira**, ou seja: o contrato tem que ser cumprido, e a equação financeira, mantida. Se assim é, não pode ocorrer alteração com o advento de lei nova, as condições são inalteráveis até o termo final do contrato. Logo, se, no contrato antigo, não há cláusula de reajuste, a **equação financeira** tem que permanecer inalterada, não há porque modificá-la com o surgimento de uma nova legislação. Se a cláusula de **equação financeira** pode ser alterada, outras cláusulas e condições também podem ser modificadas. Não se pode defender que o contrato é inalterável excluído parte dele.

O mais correto é dizer que o fenômeno da imprevisão altera a relação contratual para modificá-la ou extingui-la, o contrato cede diante àquelas circunstâncias supervenientes que provocam onerosidade excessiva para uma parte e ganho desproporcional e injusto, para outra.

A possibilidade de a lei nova atingir as relações contratuais locatícias do passado, com base na aplicação da **teoria da imprevisão**, só deve ocorrer se uma das partes estiver arcando com um enorme prejuízo, e a outra, tendo uma vantagem desproporcional. Porque aí a **teoria da imprevisão** vem para cessar o injusto, para salvar da ruína uma das partes. Os motivos são juridicamente mais relevantes do que tornar intocável o contrato

acordado no momento diferente e segundo uma manifestação de vontade oposta à situação, por conta da qual está a se evocar a cláusula *rebus sic stantibus*.

6.6 - CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Foi a partir de um conflito envolvendo um contrato de concessão pública levado ao Conselho de Estado francês que se começou a adotar a denominação de **teoria da imprevisão**.

A posição inusitada do Conselho de Estado criou um precedente nas lides administrativas de grande efeito, mais precisamente nas relações contratuais entre o poder público e o concessionário de serviço público. A repercussão daquela decisão atingiu os domínios do Direito comum, influenciando decididamente o legislador francês que, mais tarde, editou a Lei *Faillot* de 21 de janeiro de 1918, que determinava a revisão dos contratos pelos acontecimentos imprevisíveis decorrentes da Guerra de 1914/1918.

Assinala Tácito que a Lei *Faillot*, “encontrou ressonância nos julgados da Justiça Administrativa que, pela teoria da imprevisão, estimulou a revisão dos contratos de concessão e a retomada do equilíbrio financeiro dos concessionários” (1997, p. 209).

Por sua característica de contrato de longa duração, a concessão pública atende, *prima facie*, a uma das condições de aplicação da **teoria da imprevisão**: a execução diferida.

Nas argumentações que tentam justificar a aplicação da cláusula *rebus* no Direito Administrativo, sempre se está a invocar o fato de que não pode haver descontinuidade do serviço público, daí porque deverá continuar a ser executado, revisando-se apenas as condições onerosas pelas causas imprevisíveis. Em abono dessa idéia, há todo um discurso em torno do **chavão: interesse público**.

Revisar os contratos administrativos por conta do **interesse público** não é questão jurídica e, sim, de política administrativa, como já assinalava Bittencourt. Porquanto, discorda esse autor da justificativa de que seja pela necessidade da continuidade do serviço que o contrato deva ser revisto. Também diverge quanto à separação que a doutrina faz entre o Direito Comum e o Direito Administrativo, ao tratar da teoria revisionista:

A teoria da imprevisão ou a doutrina que faculte a revisão do contrato, no caso de se tornar demasiadamente oneroso o seu cumprimento, terá, necessariamente, em qualquer ramo do direito, o mesmo fundamento jurídico. Não é possível querer descobrir-lhe um fundamento diverso em cada um dos vários ramos em que, apenas uma questão de conveniência e para facilidade de estudo, se costuma dividir o direito.

O fundamento jurídico está, segundo pensamos, assim no direito público, como no direito privado, na existência implícita da cláusula *rebus sic stantibus*, porque a manifestação da vontade dos contratantes só pode ser considerada válida em relação aos fatos existentes no momento da constituição do vínculo contratual e àqueles que poderiam ser razoavelmente previstos (1945, 821-822).

No pensamento de Cavalcanti, a cláusula *rebus sic stantibus*, embora tivesse sido rejeitada pelos civilistas, teria tido, entretanto, “novas oportunidades no Direito Administrativo, onde tem merecido algumas aplicações” (1960, p. 421).

Ainda que pertença ao mesmo gênero – contrato – contudo o administrativo permite à Administração fixar as condições iniciais do ajuste ou impor penalidades no caso de mora ou inadimplemento parcial ou total do contratado, fiscalizar a execução.

Confere a lei a prerrogativa de a Administração adotar outras medidas que seriam impraticáveis em se tratando de contrato do Direito Comum. Porém, apesar da faculdade que lhe assiste de impor cláusulas “exorbitantes” ou “derrogatórias”, ser-lhe dada uma supremacia, conferida por lei, o administrado contratado tem, a seu favor, a garantia de ser mantida a **equação econômico-financeira**; convivência diferente têm as partes nos contratos de Direito Comum.

Na hipótese de contrato de concessão, o concessionário está obrigado a suportar o prejuízo para que não haja suspensão do serviço, cabendo-lhe exigir a manutenção do equilíbrio financeiro que a Administração tem o dever – constitucional -, de restabelecer idênticas margens de ganho no início do contrato, se forem essas abaladas pelo infortúnio da imprevisão.

Ou do contrário, como registra Tácito:

Se o equilíbrio da concessão estiver definitivamente comprometido, a solução será a rescisão do contrato. Não desaparece, ainda nessa hipótese, a obrigação de indenizar o concessionário que permaneceu em serviço, malgrado as circunstâncias adversas. imprevisão deve ser uma situa princípio da continuidade do serviço (1997, p. 208).

Ainda como elemento diferenciador entre o contrato de Direito Comum e o Administrativo, embora sem qualquer diferença quanto à aplicação da **teoria da imprevisão**, é que, enquanto, no primeiro, prepondera a irretroatividade das convenções, no segundo, coexiste a mutabilidade é inerente.

Tal característica de admitir modificação pode parecer desvantajosa para o particular, mas não o é, porque as bases do negócio permanecem as mesmas; ocorrendo desequilíbrio, cabe a Administração restabelecer o equilíbrio.

Ademais, havendo acontecimentos imprevisíveis, e sendo o contrato por si mutável, a possibilidade de recompor o *status quo ante* fica mais fácil de ser operacionalizada, uma vez que a Administração está obrigada a restabelecer, a manter a equação financeira do contrato, abalada pela imprevisão.

De fato, nos contratos administrativos, há uma possibilidade de adotar a cláusula *rebus sic stantibus* com menor discussão do que em se tratando de contratos da alçada do Direito Comum. Nesses, há sempre a discussão em torno da imutabilidade das

convenções, enquanto, naqueles, é de sua natureza a modificação, a alterabilidade, desde que não se atinja a comutatividade, porque ocorrendo, cabe de logo ser restabelecida.

Outro detalhe é que a Administração está vinculada a uma ética que a obriga manter sempre a mesma equação econômico-financeira quando do início do contrato; como também não lhe é próprio assistir à ruína do contratado indiferente.

Guardadas essas particularidades, de resto o contrato administrativo é disciplinado pelo Direito Comum. Em 1953, ainda como consultor jurídico do antigo e extinto Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), Tácito preconizava.

Os contratos administrativos, ressalvadas as suas peculiaridades, regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum (art. 766 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública). Vigoram, assim, na empreitada de obras públicas, os ditames que, segundo a lei civil, disciplinam essa modalidade de convenção. (1954, p. 98).

Embora aplicável em outras espécies de contratos administrativos, segundo opinião de Tácito, o contrato de concessão de serviço público, por ser de longa duração, associado à regra da continuidade do serviço, é o terreno por excelência da teoria da imprevisão (1956, p. 209).

Ainda por esse sentido lembrado por Tácito, quanto aos contratos de concessão de serviço público, entendemos que maior razão tem o particular, concessionário, de ser ressarcido por qualquer prejuízo sofrido por acontecimentos imprevisíveis decorrentes de planos econômicos, uma vez que, tendo preços controlados, o concessionário não tem como evitar um tabelamento dos seus serviços, podendo o congelamento de preços ser a causa de sua ruína.

A primeira notícia que se tem de o Direito Positivo brasileiro admitir revisão contratual surgiu do § único do art. 151 da Constituição de 1946, quanto às tarifas de serviços explorados por concessão.

Art. 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Foi a Constituição que primeiro permitiu a revisão dos contratos administrativos. Era preciso dispositivo normativo expresso para que tornasse possível. Não poderia ser de outro modo, se a intenção era de admitir a revisão do contrato, quando houvesse uma imperiosa necessidade e, para evitar uma descontinuidade do serviço, introduzir a cláusula *rebus sic stantibus* no Direito Administrativo foi a solução mais adequada que poderia ser dada. De outro modo, ficaria mais difícil para a Administração pública adotar qualquer revisão, pelo fato de seus atos serem vinculados à lei.

Nesse particular, entendemos como Bittencourt, a opção pela continuidade do serviço é mera questão de “política administrativa”, refoge ao Jurídico a escolha dessa administração prosseguir com o contrato de concessão. O Direito, nessa hipótese, não entra nas motivações da vontade administrativa.

Ocorrendo os pressupostos fáticos de sua admissibilidade, a **teoria da imprevisão** penetra em qualquer ramo do Direito Contratual, independe de que seja público ou privado. O contrato administrativo, embora guarde peculiaridades, como ter, em um dos pólos, o Estado, nem por isso deixa de ser **contrato**, estando submetido aos mesmos princípios que regem esse instituto no campo da teoria geral dos contratos.

Na legislação ordinária brasileira, a **teoria da imprevisão** foi prevista a partir do Decreto nº 309 de 6 de dezembro de 1961, que dispunha sobre normas para revisão de preços de contratos de obras ou serviços. Nesse aspecto, o Decreto nº 309/61 foi um avanço significativo para o Direito Administrativo brasileiro à época e enquanto continuou vigente, até que a legislação de exceção do Regime Militar viesse revogá-lo.

O art. 3º, alíneas *a* e *b* e o § único do Decreto nº 309/61 tinham os seguintes enunciados:

Art. 3º A revisão dos preços só será admitida nos casos fortuitos e de força maior (art. 1.038, do Código Civil), ou quando ocorrer qualquer das seguintes circunstâncias:

- a) **alteração apreciável das condições econômicas existentes no tempo da concorrência em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis;**
- b) **ônus superveniente excessivo, decorrente de ato do Estado;**

Parágrafo único. Na verificação da circunstância enumerada no item *b*, deste artigo, serão levados em conta os atos do Poder Público que alterem sensivelmente a situação cambial e alfandegária, os níveis salariais e os encargos sociais e trabalhistas.

Na seqüência, surge a Lei nº 4.370 de 28 de julho de 1964, revogando tacitamente o Decreto 309/61. De acordo com o art. 1º dessa Lei, somente poderia ocorrer revisão de preços, desde que tivesse constado no edital de concorrência.

Art. 1º Os contratos de obras ou serviços a cargo de órgãos do Governo Federal, poderão conter cláusulas de revisão de preços, desde que estipuladas, previamente, condições de revisão nos atos convocatórios das concorrências respectivas.

A Lei 4.370/64 não contempla a imprevisão como fez o Decreto 309/61 nas alíneas *a* e *b* e o § único do art. 3º. Houve, portanto, um retrocesso. Apenas previu uma possibilidade de revisão de preços, além do que era tratado no art. 1º, relativo à “Mão-de-

Obra” e quando ocorresse ônus por ato do Estado, principalmente, modificação salarial...(§ 6º do art. 2º).

O Decreto-Lei nº 185 de 23 de fevereiro de 1967 em nada alterou a Lei 4.370/64 em matéria de revisão de contrato, mantendo a mesma redação em seus dispositivos.

O Decreto-Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986, dispendo sobre licitações e contratos da Administração Federal, em dois de seus dispositivos, o *item 2* § 1º do art. 47; nas alíneas *c* e *d* inc. II do art. 55, em ambos é destacada a imprevisão:

Art. 47. *omissis*

§ 1º Os prazos de início, de etapas de execução, de conclusão e de entrega, admitem prorrogação a critério da Administração, mantidas as demais cláusulas do contrato, desde que ocorra algum dos seguintes motivos:

1. *omissis*
2. **superveniência de fato excepcional e imprevisível estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.**

.....
Art.55 Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

.....
II – por acordo das partes:

- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, **por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial;**
- d) **para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente,** entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a **manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.** (Grifo nosso)

Na atualidade, a vigente Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 reconhece a **teoria da imprevisão** do mesmo modo da legislação revogada (Dec. Lei 2.300/86), assegurando “a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro”, desde que haja “superveniência de fato excepcional ou imprevisível”, nos termos do inc. II do § 1º do art. 57. Também nas alíneas *c* e *d* do inc. II do art. 65, que tratam da alteração dos contratos.

Art. 57 *omissis*

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e **assegurada**

a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração

II – **superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes**, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

.....
 Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

.....
 II – por acordo das partes:

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de **circunstâncias supervenientes**, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis**, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Grifo nosso)

Tradicionalmente, a aplicação da **teoria da imprevisão** no Direito Administrativo brasileiro tem sido admitida, igualmente como foi nas situações de Direito Comum, sob os mesmos fundamentos: os princípios da boa-fé e da equidade, no contrato administrativo, com uma forte conotação econômica, esses princípios levam o nome de **equação econômico-financeira**.

Assinala Helly que “A doutrina pátria é uniforme no admitir a teoria da imprevisão tanto para os contratos de Direito Privado quanto para os de Direito Público” (1994, p. 220).

A manutenção da equação econômico-financeira pela Administração Pública foi albergada pelo Constituinte de 1988 no inc. XXI art. 37 da Constituição Federal, ao determinar que sejam **mantidas as condições efetivas da proposta**, também no Estatuto das Licitações (Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, inc. II do § 1º do art. 57 e alínea *c* e *d* do inc. II do art. 65).

Caso excepcional, narra Tepedino, sobre os efeitos decorrentes do malogro do Plano Cruzado. Diz que, à época, “a autoridade pública chegou mesmo, em certos casos, a reajustar preços contratados para obras já executadas e já entregues.” (1988, p.78).

Situações existem em que, prevalecendo-se do poder de *imperium*, procura a Administração usurpar do administrador/contratado, a prerrogativa de receber seus créditos atualizados com juros e correção monetária decorrentes do atraso, acarretando, de balde, um prejuízo que vá refletir na saúde financeira da empresa, quase sempre sem condições de suportar os longos períodos de inadimplência, irresponsavelmente imposto pela Administração Pública.

Chama a atenção Tácito que nos atos voluntários da Administração que acarretam prejuízo ao contratado e geram benefício para a Administração, a parte prejudicada deve ser indenizada com base na teoria do “fato do príncipe”. Diferentemente, os “prejuízos decorrentes de leis ou regulamentos de ordem geral não se enquadram na teoria do fato do príncipe, mas na imprevisão.”

Ao exigir, a Administração assume a responsabilidade pelas conseqüências de seu ato, devendo pagar indenização ao contratado, em caso de resultar prejuízo, aplicar-se-á a teoria do “fato do príncipe”. De outro modo, se a Administração não contribuiu para que acontecesse eventos que resultaram prejuízo, não lhe pode ser cobrado indenização, aplicar-se-á a teoria da imprevisão. (1954, p. 102).

No acórdão referente ao RHC- 59052/CE, a Primeira Turma do STF, sendo relator o Min. Clóvis Ramalhete, restou consignado no bojo do aresto o seguinte:

[...] Se o contrato com a administração foi concluído quando vigentes condições conhecidas do imposto de importação de um bem indispensável à execução de contrato, mas sobreveio nova regulamentação tributária, onerosa

e imprevisível, ocorreu “ fato do príncipe”, o qual legitima a revisão da economia do contrato, quanto às condições primitivas.³²

O que o STJ tem feito, nesse sentido, é propiciar um ajuste nessas contas a fim de que a empresa veja diminuído o seu prejuízo e evitada a sua bancarrota, contanto que sejam atendidos aqueles requisitos próprios de admissibilidade da **teoria da imprevisão**.

No RE-75511/PR, o STF negou, por unanimidade, pretensão do recorrente de reajustar contrato de empreitada, com prazo breve e pagamento imediato, dizendo-se prejudicado com a inflação. No acórdão, o relator, Min. Aliomar Baleeiro, rechaçou, dando uma lição de moral no empreiteiro imprevidente, *verbis*:

“*Rebus sic stantibus*”. Empreitada. I. É certo que a jurisprudência dos tribunais já tem admitido a regra “*rebus sic stantibus*” em contratos de prazos longos e pagamentos periódicos sucessivos no curso do tempo, presumindo-se imprevisíveis o colapso da moeda por circunstâncias supervenientes. II. Mas isso não é aplicável à empreitada a prazo breve, com pagamento imediato e realizado, tudo, numa época em que o Estado determina cada ano a extensão da perda do poder aquisitivo. Nesse caso, o empreiteiro deve queixar-se de sua imprevidência ou da sua imperícia em calcular a projeção da curva inflacionária.³³

Não há também, do ponto de vista exposto no AG –25154, como justificar a aplicação da **teoria da imprevisão** quando se trata de “obra pequena a ser concluída em tempo breve”, no recurso julgado pela Segunda Turma do STF, tendo como relator o Min. Antônio Villa Boas, em sessão do dia 18 de julho de 1961:

Recurso denegado. Agravo desprovido. Não há motivo para a aplicação de exceção, fundada na cláusula *rebus sic stantibus*, a regra do art. 1.246 do C.C. Quando o contrato tem por objeto a realização de obra pequena, a ser concluída em tempo breve, pois, em tal hipótese, é previsível o desequilíbrio entre o custo da construção e a retribuição estipulada.³⁴

Sem razão, nas fontes da **teoria da imprevisão**, a questão de a obra ser grande ou pequena. Não se cogita esse aspecto, porque a grandeza é algo muito relativo, o que pode

³² <http://www.stf.gov.br> RHC-59052/CE. Relator Min. Clóvis Ramallete. Primeira Turma. Julgamento: 08.09.1981.

³³ <http://www.stf.gov.br> RE-75511/PR. Relator Min. Aliomar Baleeiro. Primeira Turma. Julgamento: 29.05.1973

ser pequena obra para a Administração Pública pode representar muito para a empresa construtora. Do mesmo modo difere essa ordem de grandeza, tratando-se da Administração Pública Federal em relação a obras contratadas por um Município, o que é de pequena monta para uma não é necessariamente para outra. O valor do contrato não é óbice para que se deixe de aplicar a **teoria da imprevisão**.

Em outro recurso extraordinário, a Primeira Turma do STF negou pedido de reajustamento de obra pública, em razão da parte recorrente não ter provado o prejuízo que diz ter sofrido. O RE N° 64152/GB teve como relator o Min. Oswaldo Trigueiro, estando a ementa vazada nos seguintes termos:

Empreitada de obra pública. Pedido de reajustamento com base na cláusula “rebus sic stantibus”. Improcedência da ação por ausência de prova do prejuízo alegado. Recurso extraordinário não conhecido por não caracterizado o dissídio jurisprudência.³⁵

6.7- CASA PRÓPRIA - SFH

A cláusula de equivalência salarial, contida em contratos de financiamento da casa própria pelo Sistema Financeiro de Habitação - SFH, em si procura estabelecer um equilíbrio almejado pela cláusula *rebus*, na manutenção das mesmas condições do momento da celebração da avença.

Como nota a esse tópico, não é demais dizer que a equivalência salarial refere-se a um parâmetro utilizado para se obter o valor da prestação a ser paga pelo mutuário, não atingindo, contudo, o saldo devedor do imóvel que é reajustado independentemente dos

³⁴ AG – 25254. Relator Min. Antônio Villas Boas. Segunda Turma. Julgamento: 18.07.1961.

³⁵ RE-64152/GB. Relator Min. Oswaldo Trigueiro. Primeira Turma. Julgamento: 28.05.1968.

aumentos dos salários do mutuário, quase sempre congelados e aviltados em função dos planos de estabilização econômica.

Sendo certo que, no momento de contratar, a esperança do mutuário é de aumentar a sua renda, nunca o contrário, que a mesma seja congelada por razões de política econômica, “fato do príncipe” possibilitando-o de pagar o saldo devedor em razão do crescimento vertical, desproporcional em relação à sua renda.

A cláusula de **equivalência salarial** funciona como mecanismo de reajuste automático de sorte a proteger ambas as partes: o mutuário, porque a prestação somente se reajusta quando houver alteração nos seus vencimentos, e a empresa mutuante, porque fica garantido o reajustamento das parcelas e do saldo devedor.

Nesse sentido, tem se posicionado o STJ, conforme acórdão do REsp 1135/RS, sendo relator o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, da Segunda Turma, vazado nos seguintes termos:

Casa própria Financiamento. Plano de equivalência salarial. O contrato de financiamento par a aquisição da casa própria, com agente financeiro do sistema nacional de habitação, que encerra cláusula de equivalência salarial, visa à manutenção do equilíbrio financeiro. O Decreto-Lei nº 19/66 determinou a atualização periódica do preço. O reajustamento salarial e espécie desse cálculo ajusta-se à legislação em vigor e não contraria a interpretação do Supremo Tribunal Federal, na Representação nº 1.283-3/DF, que, por sua característica, goza de força vinculante. O plano, além disso, garante a justiça do preço. (BRASIL.... REsp. 1135/RS).

Em ação ajuizada contra a Caixa Econômica Federal na Seção Judiciária do Estado de Sergipe, processo nº 98.233-2, Classe 01000 – 1ª Vara, o autor, então mutuário do Sistema Financeiro de Habitação. Sentenciou o juiz Mandarino Barreto, determinando a revisão do contrato para “compatibilizar o valor da prestação do financiamento da casa própria com o valor da aposentadoria.” (SERGIPE... Proc. 98233-2, Classe 01000).

O autor dessa ação teria alegado que houve modificação “em sua situação econômica, em função de ter se aposentado após ter sido demitido da empresa em que trabalhava”. Seriam esses os fatos “extraordinários e imprevistos, ensejando, desta forma, a revisão contratual, com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*”.

Na decisão, o magistrado entendeu que a “teoria da imprevisão não se aplica à hipótese, porque, nos contratos de financiamento, as oscilações de mercado são previsíveis. O que caracteriza a imprevisão é fato superveniente, inesperado, o que não ocorre com a perda do emprego e a própria aposentadoria”.

Realmente, a perda de emprego não pode se caracterizar como um fenômeno imprevisível, ante o quadro de instabilidade econômica que já é próprio do Brasil.

O que chamaríamos a atenção é o fato de se querer emprestar à **teoria da imprevisão** o caráter de um “princípio de ordem geral, imanente ao sistema” (KARAN, 1988, p. 54), quando deve ser levado em conta que se tratam de exceções, e o desemprego repentino, ante a situação brasileira, não se enquadra nos requisitos exigidos para se ver aplicada a **teoria da imprevisão**. É sempre bom estar alerta que o perfeitamente adequado, normal, e disso cuida muito bem o Código Civil, é que os contratos sejam respeitados e vinguem como lei entre as partes, devendo a **teoria da imprevisão** ser adotada de forma restritiva e não extensiva.

Decisão contrária foi proferida no recurso extraordinário interposto contra a Carteira Hipotecária e Imobiliária do Clube Militar, que pretendia – com base na cláusula *rebus sic stantibus* – aumentar o valor da prestação dos seus mutuários a pretexto de que teria ocorrido inflação. O STF, por meio da Segunda Turma, no RE 80575/RJ, não conheceu do recurso, tendo como relator o Min. Aldir Passarinho:

Cláusula “*rebus sic stantibus*”. Reajustamento de preço de apartamento, a base da cláusula referida. Carteira Hipotecária e Imobiliária do Clube Militar. Descabe o reajustamento do preço do apartamento vendido pela Carteira Hipotecária e Imobiliária do Clube Militar, a base da cláusula “*rebus sic stantibus*” se a época da operação imobiliária (1962), o fenômeno inflacionário já era uma infeliz realidade, não podendo dizer-se, portanto, ter ele surpreendido o vendedor.³⁶

6.8 - PENSÃO ALIMENTÍCIA

O art. 401 do Código Civil brasileiro é tipicamente revisionista. Desse artigo não se segura nem a **coisa julgada** – a *res* judicata, posto que pode ser alterada desde que haja mudança na fortuna daquele que paga pensão e ou do que recebe.

Art. 401. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudanças na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo.

A possibilidade de ser revista a pensão alimentícia não cogita daqueles outros elementos de que trata a base hipotética da aplicação da **teoria da imprevisão**: a onerosidade excessiva de uma parte e o enriquecimento injusto da outra. A hipótese do art. 401 é que haja apenas mudança na fortuna, situação financeira, não há aqui a onerosidade nem o enriquecimento.

Entende Maia que essa instabilidade prende-se ao fato de a natureza jurídica da pensão alimentícia constituir uma “obrigação de valor e não de dar soma fixa e imutável, socorrendo -lhe a tese da variabilidade econômica.” (1962, p. 36).

Como é sabido, as obrigações pecuniárias são aquelas que têm por objeto uma prestação em dinheiro. Enquanto as obrigações de valor “devem ser solvidas com a quantia que for capaz de representar o valor esperado. Essas obrigações escapam, portanto, ao

princípio nominalista, admitindo um reajustamento, em que se leve em conta a flutuação do poder aquisitivo da moeda” (MAIA, 1960b, p. 36).

A dívida de valor preserva, na distinção que faz Cunha, a “comutatividade das prestações, pela integral reparação do dano ou da obrigação não cumprida”, independentemente de que haja disposição legal autorizando, enquanto as dívidas de dinheiro são “insuscetíveis de reajustamento, salvo lei especial que o autorize” (1979, p. 79). Acrescentando, em seguida, o mesmo autor,

Não há, nas dívidas de valor, reajustamento da moeda em sic há sim, avaliação atual da obrigação, cujo valor, para efeito de determinar o seu substitutivo em dinheiro, ao invés de ser tomado de referência ao momento da ocorrência, é aferido à época da reparação, expressando-se a verba indenizatória em moeda corrente e legal do País, quitável pelo importe nominal desta [...].

As dívidas de dinheiro, a seu turno, por isso que constituem matéria do maior interesse público, que prepondera sobre o individual, estão submetidas ao princípio da legalidade da correção monetária. Atuando diretamente sobre o valor da moeda para restaurar-lhe o poder aquisitivo depreciado, com o que implica tolher a sua capacidade de pagamento pela expressão nominal, a correção monetária reclama autorização de lei para ser aplicada, em virtude das normas reguladoras do curso da moeda (1979, p. 80).

A pensão alimentícia constitui uma obrigação de valor porque nela interessa atender sempre uma necessidade básica independentemente do que possa representar a quantidade de moeda para sua satisfação. É essa razão que dá o caráter revisional tanto aos acordos como às decisões judiciais em matéria de pensão alimentícia. Certamente, seja por isso, também, que se costuma fixar em salários mínimos, porque assim já estaria prevista uma atualização, uma espécie de “escala móvel” que atualiza a quantidade de moeda necessária para solver o valor da obrigação.

A variabilidade da pensão alimentar, sendo essa, como o é, obrigação de valor, constitui corolário lógico. Repousa, pois, dita alterabilidade na questão de fato em que os pressupostos objetivos devem ser considerados juntamente com os pressupostos subjetivos.

³⁶ <http://www.stf.gov.br> RE-80575/RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma. Julgamento: 20.09.1983.

Semelhante variação, está visto, para que seja influente, deve ter certo cunho de estabilidade. Não a têm, indisputavelmente, as oscilações momentâneas de renda, porque débeis e precárias para configuração de “capacidade econômica” ou “de possibilidade econômica. (MAIA, 1962, p. 38).

Por conta dessas oscilações econômicas que modificam o *status quo* das partes, entendeu o legislador de estabelecer dispositivos que afastam do trânsito em julgado as decisões nos feitos alimentícios, isso porque dispositivo de direito material admite ser revisto esse tipo de pensão (CC art.401).

No RE – 53158 da Primeira Turma do STF, o relator, Min. Pedro Chaves, enfatiza que “as decisões que fixam alimentos trazem ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*”, sufragando assim uma posição de acordo com os dispositivos do Código Civil. A ementa tem a seguinte redação:

As decisões que fixam alimentos trazem ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*. Competência de foro para as ações revisionais. Interpretação dos artigos 138, 142, 134 e 289, II do Código de Processo Civil. Recurso Extraordinário a que se denegou conhecimento.³⁷

No RE –18518/SP, em que foi relator o Min. Nelson Hungria, a Primeira Turma do STF, em sessão realizada em 24 de novembro de 1952, por unanimidade, já decidia:

Pensão alimentícia clausulada por ocasião do desquite; possibilidade de revisão. O art. 401 do Código Civil é uma aplicação particular da cláusula *rebus sic stantibus*.³⁸

No acórdão que decidiu sobre o pedido de homologação da Sentença Estrangeira Contestada – SEC- 4449/EU, o Pleno do STF, tendo como relator o Min. Sepúlveda Pertence, acerca do termo final da obrigação alimentar, disse não constituía nenhum óbice à homologação pretendida, porquanto a sentença estava subordinada à eficácia “*rebus sic stantibus*”:

³⁷ <http://www.stf.gov.br>. RESP 53158. Relator Min. Pedro Chaves. Primeira Turma. Julgamento: 31.08.1965.

Divórcio estrangeiro: homologação questão acerca do termo final da obrigação alimentar do requerente em favor do filho do casal, que não obsta a homologação, porque não inibe o alimentando, a qualquer tempo, de pleitear prorrogação ou alteração da cláusula alimentar, segundo os parâmetros da lei brasileira, o que decorre, a um tempo, da eficácia “*rebus sic stantibus*” das sentenças de alimentos e da inoponibilidade ao filho do que a respeito dispuser a sentença de divórcio dos pais.³⁹

Na esteira do que já vinha sendo admitido pelo STF, o STJ também acompanhou a aplicação dos postulados contidos na cláusula *rebus sic stantibus*, vejamos:

Recurso especial. Separação consensual. Modificação de cláusula. Não viola a Lei de Introdução ao Código Civil ou a Lei do Divórcio a modificação de cláusula do acordo homologado na Separação do casal, face às circunstâncias da causa.⁴⁰

6.9 - O CASO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA

Por meio da Medida Provisória nº 2.152 de 1º de junho de 2001, o Governo Federal estabeleceu diretrizes visando a executar ações para contenção de consumo de energia, tendo, inclusive, criado e instalado a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, para administrar a produção, a distribuição e o consumo de energia elétrica no País.

A repercussão negativa que viria ocasionar esse contingenciamento foi logo refletida na economia, principalmente na indústria, que teve que reduzir sua produção. Todos os setores indistintamente tiveram que suportar prejuízos decorrentes dessas medidas impostas unilateralmente de forma repentina e inesperada.

Tão logo aquela Medida Provisória foi publicada, o Estado do Rio de Janeiro distribuía em 13.06.2001, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Cível Originária –

³⁸ <http://www.stf.gov.br> RE- 18518/SP. Relator Min. Nelson Hungria. Julgamento: 24.11.1952

³⁹ <http://www.stf.gov.br>. SEC-4449/EU. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Pleno. Julgamento: 05/11/1991.

⁴⁰ <http://www.stf.gov.br> RESP 34033/RJ. Relator Ministro Cláudio Santos. Terceira Turma. Julgamento: 24.05.1994. 27/06/1994, p. 16973.

ACORQO- 615/RJ⁴¹ – alegando perda da arrecadação mensal do ICMS na ordem de R\$ 44.500.000,00 (quarenta e quatro milhões e quinhentos mil reais), o que comprometeria “significativamente, o cumprimento das obrigações do Governo Estadual com seus servidores e fornecedores, com os investimentos já realizados e em andamento e com a rígida disciplina da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).”

No entendimento da parte autora, a hipótese cabia à responsabilização da União por dano, com base no art. 15 e 159 do Código Civil e o art. 37 § 6º da Constituição Federal, “assevera o Estado do Rio de Janeiro que cabe à União ressarcir os danos causados ao requerente, tendo em conta estarem identificados os seus elementos (ação administrativa, o dano sofrido e o nexo causal).”

Alega o Estado do Rio de Janeiro que a crise de energia elétrica repercutia, de forma negativa e diretamente, sobre a execução do contrato de “renegociação da dívida” que celebrou com a União, de sorte a modificar a base do negócio, “a realidade econômica em que a dívida do Estado com a União foi repactuada é completamente distinta da atual, estando o Estado em situação significativamente mais frágil e delicada que a anterior.”

Se os pagamentos mensais que o Estado do Rio de Janeiro honrava com a União em épocas normais já comprometiam sua capacidade financeira, com a queda da arrecadação do ICMS decorrente do “apagão”, “o equilíbrio das contas estaduais restou totalmente comprometido.”

Por essas e outras razões demonstradas na peça exordial, o Estado do Rio de Janeiro requereu “a revisão das bases do contrato de renegociação da dívida”. (...) “Invoca, para esse mister, os princípios da boa-fé, da vedação da onerosidade excessiva, da **cláusula**

⁴¹ <http://www.gov.br> As anotações sobre essa Ação Cível Originária - ACORQO Nº 615/RJ -, foram obtidas no

“*rebus sic stantibus*” – **teoria da imprevisão** – tendo em conta a existência de contrato bilateral de execução diferida e do empobrecimento relevante, imprevisível e inevitável de uma das partes em proveito de outrem.”

Apreciando pedido de tutela antecipada, em que a parte autora pede para alterar forma de pagamento mensal das parcelas do refinanciamento de sua dívida com a parte ré visando ao que retornaria, por certo, ao *status quo ante*, o então Min. Relator, disse:

A antecipação de tutela pretendida concerne, assim, efeitos de ato jurídico perfeito celebrado entre autor e ré, com a imediata consequência de determinar se modifique o que, expressamente, ficou pactuado entre as partes.

O que importa comentar quanto a essa decisão em sede de liminar, e que interessa aos nossos estudos, são apenas os seguintes pontos: a verificação da possibilidade de se argumentar a **teoria da imprevisão** mesmo quando as partes são todas pessoas jurídicas de Direito Público, o que não é normal, é algo muito excepcional, o que bem demonstra a força persuasiva e atual contida nessa teoria; o segundo ponto é a verificação de como é manejado o discurso jurídico de forma a satisfazer a parte, *in caso*, politicamente mais forte, adotando o que antes chamamos de **interpretação segundo o interessado** (Cap. II, nº 3); pois, como vimos, ao tratarmos de decisões em matéria de locação, o STJ desconsiderou o ato jurídico perfeito, para admitir a lei nova que determinou revisão nos contratos de aluguel. O ato jurídico perfeito, naquela ocasião, não era tão inatingível e capaz de despersuadir a aplicação da **teoria da imprevisão**. Isto é, voltamos a insistir: o entendimento modifica-se de acordo com conveniências muitas vezes contrárias aos interesses da coletividade e em prol de salvar interesses de administrações incompetentes e fracassadas.

O caso “apagão” é típico, daqueles em que a autoria do causador do ato imprevisto é conhecido, sendo sua a responsabilidade pelos prejuízos causados às partes contratantes. A União, na hipótese, tendo o dever constitucional com a política energética: acaso essa venha a falhar ou se “apagar” deve a mesma responder por sua incúria.

Ainda sobre essa Ação Cível Originária, o Min. Néri da Silveira, relator no primeiro momento, após quatro meses e treze dias, negou a antecipação da tutela, em despacho do dia 26 de outubro de 2001. Do despacho denegatório, o Estado do Rio de Janeiro agravou regimentalmente, tendo sido negado provimento, na sessão do dia 14 de novembro de 2001. O processo foi redistribuído para outro relator em 28 de junho de 2002, tendo o Min. Gilmar Mendes declarado seu impedimento. Novamente redistribuído, sorteado para funcionar no feito, como relator, o Min. Nelson Jobin, desde 6 de agosto de 2002.

6.10 - O CASO MINAS

Por meio de medida cautelar – PETMC-1665/MC⁴², o Estado de Minas Gerais ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal contra a União, pedido de revisão de cláusula do contrato nº 004/98/STN/COAFI, por entender “que violam frontalmente dispositivos constitucionais, notadamente aqueles inerentes ao pacto federativo e à autonomia dos Estados-Membros”.

Esse caso teve muita repercussão na mídia mais por conta dos dois personagens principais do episódio, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso e o Governador de Minas Gerais, Itamar Franco.

⁴² <http://www.gov.br> As anotações sobre essa petição, PETMC- 1615/MG, foram obtidas no texto do despacho proferido pelo relator Min. Moreira Alves, em 26 de outubro de 2001.

A pretexto de o governador anterior à sua gestão ter firmado contratos leoninos e lesivos aos cofres públicos estaduais, entendeu o Governador Itamar Franco de suspender o pagamento desses contratos, declarando uma moratória estadual, fato inusitado, que serviu para mostrar o lado perverso da concentração de receita pela União.

Como consequência da suspensão do pagamento da dívida, em represália, a União reteve as transferências de receitas para o Estado de Minas Gerais, deixando-o sem esses recursos. Em contrapartida, Minas ajuizou essa medida cautelar, com o fito de ver restabelecido o fluxo normal de recursos em seu caixa.

Em seu petítório, alega o Estado de Minas Gerais que os contratos firmados por governadores anteriores “estabeleceram garantias de auto-execução, violaram os princípios constitucionais norteadores do pacto federativo, impondo condições draconianas e de impossível cumprimento, a ponto de inviabilizar o cumprimento de obrigações típicas do Poder Público, como as previstas no art. 23 da Carta Magna, e de quebrar a harmonia entre as entidades federativas. E, com base na cláusula décima-oitava do contrato nº 004/98/STN/COAFI, a União vem retendo os recursos previstos nos artigos 157 e 159, I, “a” e II, da Constituição Federal...”

Alega o Estado mineiro que a responsabilidade por seus problemas financeiros é da União, “ em face da política de juros acachapantes, da impossibilidade de poder o Estado fazer rolagem de sua dívida mobiliária por causa do contrato de renegociação, da falta de êxito do programa de alienação de ativos e privatizações em massa, da inexistência de lei de fixação de plano econômico por meio de normas gerais, por não terem sido alcançadas as reformas administrativa, fiscal e tributária, do retraimento da arrecadação pelo quadro econômico recessivo decorrente da política da União.”

Em outro momento, sustenta o Estado de Minas Gerais que, “ em razão das peculiaridades do Estado Federal e do Estado Democrático de Direito, o princípio *pacta sunt servanda* se altera. Invoca o modelo do federalismo cooperativo que pressupõe lealdade recíproca e solidariedade entre os entes federativos, para salientar que, nos contratos entre eles, não se aplica, na sua totalidade, o referido princípio nem a justiça comutativa, mas, sim, a justiça distributiva”.

Sustenta o Estado mineiro em seu arrazoado “No campo do direito privado, o particular pode invocar a força maior para afastar as conseqüências do não cumprimento do contrato, o mesmo devendo ocorrer no caso ‘sub judice’, pois a redução de receita de Minas Gerais resultou de fatos que não lhe são imputáveis, e, se eles foram vencidos por outros Estados com dívida mais reduzida, ainda assim devem isentar o requerente de responsabilidade, pois esses fatos foram provocados pela própria União. Por outro lado, também no direito privado aplica-SE a **teoria da imprevisão** que, segundo a doutrina e jurisprudência, autoriza a revisão de cláusulas contratuais consideradas desproporcionais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas..”

Adiante, diz o requerente “que o pagamento automático da dívida com a União traz graves e irreparáveis lesões à economia pública estadual, comprometendo o funcionamento regular dos três Poderes(inclusive a transferência do duodécimos), o ensino, a segurança, a saúde, o pagamento de precatórios, os meios de sobrevivência do funcionalismo, ao passo que a União não sofrerá danos, pois “além de dispor de meios para suprir a ausência de recursos como política, monetária e de juros, aumento de impostos ou criação de novos, ela poderá rolar a dívida ou captar recursos no mercado.”

O Min. Moreira Alves, relator dessa ação, por razões lançadas em seu extenso despacho, não concedeu a liminar. Em algum momento, disse,

Não há dúvida de que o princípio “*pacta sunt servanda*”, quer no campo dos contratos privados, quer no terreno dos contratos públicos, inclusive administrativos, não tem caráter absoluto no direito moderno. No Brasil, doutrina e jurisprudência admitem, embora com cautela principalmente por parte desta, o princípio que vem da antiga cláusula “*rebus sic stantibus*” ou a da “onerosidade excessiva”, afastando-se, quando ocorrem seus requisitos, a imutabilidade do pactuado nos contratos comutativos de trato sucessivo, para admitir sua resolução ou, às vezes, sua revisão.

No entendimento do relator, o caso não é de se aplicar a **teoria da imprevisão**, porque não preencheria os requisitos que, segundo o Ministro, estão fixados por “civilistas e publicistas”, como os arrolados por Caio Mário: “...a) vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade daquela modificação.”

Após se deter nesses requisitos, quanto à hipótese tratada, disse o Min. Moreira Alves, que tais requisitos não se apresentavam:

Ora, no caso, não se apresentam, de plano esses requisitos. Com efeito, trata-se de um contrato de confissão, promessa de assunção e refinanciamento de dívidas, pelo qual a União Federal assumiu a dívida mobiliária do Estado em face dos credores privados deste a custos de mercado, enquanto o Estado de Minas Gerais passou a dever à União com o benefício de taxa fixa de juros, muito inferior à de mercado, e com o comprometimento de sua receita líquida, no ano de 1999 limitado a 12% e a 13% a partir do ano 2000. Só por isso se vê que é difícil de sustentar que, em decorrência das condições econômicas objetivas no momento da execução em confronto com o ambiente objetivo no da celebração (ocorrida em fevereiro de 1998), está havendo, no cumprimento desse contrato, onerosidade excessiva para o requerente e benefício exagerado para a União Federal.

O que faltou para justificar a não aplicação da **teoria da imprevisão** foi não ter preenchido o segundo requisito apontado, que trata da alteração do ambiente em que se formou o contrato e o momento de sua execução, ou como prefere dizer Caio Mário: “b)

alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo da celebração.”

O contrato entre o Estado de Minas Gerais e a União foi firmado numa época em que a situação econômica e política era adversa, de sorte que as partes contratantes não poderiam estranhá-la no momento em que acontecesse a execução, como bem realçou o magistrado em seu despacho denegatório de liminar:

Ademais, não só não houve radical alteração nas condições econômicas existentes quando da celebração do contrato, porque já então havia graves problemas com o plano de que resultara a instituição do real, como o do desemprego, o da recessão econômica, o das evidentes dificuldades da aprovação e da implantação das reformas constitucionais pretendidas e os dos efeitos da vigência da Lei Complementar nº 87/96, mas também era perfeitamente previsível o agravamento dessas dificuldades à medida que o tempo passasse..

A **teoria da imprevisão** presta-se a fundamentar a revisão dos contratos. O Estado mineiro tem suas razões, como assistir, também, à União. O que diferencia, no desate da questão, é o grau de influência de cada interessado. No final, a decisão deverá ser entimemática, posto que há regras escritas que acolhem o pedido da parte autora em não admitir a retenção, como há regras que asseguram à União retê-las.

Em 8 de março de 2000, o Estado de Minas Gerais pediu desistência da ação, e, em sessão realizada no dia 16 do mesmo mês, o STF acatou o pedido, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito, decisão publicada logo em seguida, em 28 de março de 2000.

CONCLUSÕES

Restou evidenciado que a decisão judicial constrói-se a partir de forças e fatores que não são próprios do Direito, servindo a retórica prática – como técnica de argumentação – de premissas, *topoi*, **lugares-comuns** e outros **lugares particulares** do Direito, para fundamentar a decisão.

Porquanto, também restou evidenciado que a retórica pode contribuir para a evolução do pensamento jurídico e a *praxis*. A retórica prática pode instrumentalizar o intérprete e julgador em qualquer opção que adote como solução dos conflitos. Porque a retórica tanto atende naquelas decisões em que se pensa estar sendo aplicada fielmente a Lei, sobretudo mais ainda quando a realidade social exige do julgador uma decisão mais criativa e menos legalista. Aí precisará ainda mais da retórica para fundamentar o seu discurso.

O assunto tratado nesta tese é bem o exemplo de como um processo argumentativo foi capaz de desmistificar institutos jurídicos intocáveis e de poder transformar situações desfavoráveis em um estado pleno de equilíbrio e igualdade.

Não fosse, certamente, a via da argumentação, ainda hoje se estaria aplicando o Direito Contratual vigente no século XIX e princípio do século XX, porquanto, não existia no Direito brasileiro, regra de caráter geral admitindo a revisão ou a resolução de contratos de trato sucessivo e execução diferida.

Seria ideal que o juiz brasileiro tivesse em mente a dinamicidade do Direito. Para isso, é preciso sempre estar atento, principalmente, mais ainda em dia com a efervescência social, com os estudos jurídicos, de posse de uma boa dose ética e de muito senso de responsabilidade e humildade. O que, em regra geral, não ocorre, infelizmente, conforme apontam os dados obtidos na pesquisa demonstrados no Capítulo Segundo, 2.1.

O Direito, em um país como o Brasil, encontra-se ainda submetido à boa vontade de quem julga, porque ainda não nos conscientizamos da ignorância de pensar que o Poder Judiciário é capaz de resolver os conflitos interpessoais de forma imparcial e satisfatória. E não é.

Na medida em que admitimos que o Direito está nas mãos do juiz, dizemos também que está a nossa liberdade, e aí poderemos ser reféns de uma única vontade, de um único árbitro. Situação essa que é atentatória para o Direito e pior ainda para a Democracia.

Não nos damos ao trabalho de pensar em substituir o Poder Judiciário por outro, como já fizeram as comunidades que moram nas favelas do Rio de Janeiro, segundo Santos (1988, p. 13-17), assumindo as associações de cada bairro a função jurisdicional, resolvendo as questões em suas localidades. Por que não imaginarmos também que a sociedade do asfalto pode criar suas próprias associações e entidades como meios de resolver suas pendengas a partir de um novo repensar do papel que atualmente desempenha o Poder Judiciário?

Quando o Poder Judiciário se libertar do formalismo exacerbado e passar a entender que o Direito é algo identificado com o pensamento humano, com a realidade social a ensejar soluções mais criativas e rápidas e que por meio de recursos retóricos, isso é possível, se houver desprendimento do intérprete, então não mais existirá método informal de solução de conflito radical, em que, muitas vezes, paga-se com a própria vida para resolver os conflitos interpessoais. A sociedade poderá confiar no Estado-Juiz como uma única e legítima instância de fazer justiça.

Para uma efetiva prestação jurisdicional é preciso que as mudanças se voltem basicamente para a figura humana do julgador, como a principal peça dessa engrenagem. O julgador sensível às questões sociais, responsável, probo, inteligente, possuidor de boa cultura jurídica e sem compromisso com a estrutura do Poder, está instrumentalizado para operar as mudanças necessárias na prestação jurisdicional.

Ainda não expulsamos de nós o sentimento de colonizados, somos capazes de imaginar a figura do legislador como se morasse do outro lado do mundo, quando mora aqui mesmo, é nosso vizinho, mas nós nem percebemos que é aquele mesmo que faz nossas leis.

Do mesmo modo, nós, juristas, deixamos que se pense que o juiz conhece mais do que ninguém o Direito, de que é infalível, sério e imparcial. Há quem o veja como um “semideus” (e muitos se auto-intitulam), outros o tratam como majestade, e eles se acham assim tão importantes, como reis e semideuses, porque não fomos capazes de ensinar que o juiz é um técnico do Estado, um funcionário público, pessoa falível, corruptível, sujeito a erros e acertos.

Mesmo diante dessas adversidades, pode-se acreditar que saídas existem para se superar a crise em que o Direito se vê impossibilitado de ser real, de se concretizar, por conta do Poder Judiciário negar-lhe aplicação.

A pesquisa em torno da **teoria da imprevisão** trouxe à tona algumas lições que, de certo modo, ajudam a compreender melhor a distância entre a teoria e a prática do Direito.

O Direito, por vezes, é algo nem tanto imaterial, desde que seus efeitos são notados no mundo dos fatos, repercutem na vida das pessoas.

Como um instrumento disponível, ainda em estado de potência, o Direito é algo que tanto fascina pelos seus postulados, como engana pela sua prática. Nessa antítese entre o fascínio e a decepção, o Direito sempre consegue deixar a ilusão de um dia se ver realizado.

A aplicação da **teoria da imprevisão**, como de qualquer outra que se mostre contrária aos paradigmas tradicionais, requer do intérprete e julgador, primeiramente, uma cultura jurídica mínima que vença pelo menos o obstáculo da ignorância de se pensar que o Direito se resume aos Códigos. Numa seqüência de fases, chegue a compreender que o Direito, como obra humana, a cada situação é uma oportunidade que se tem para aperfeiçoá-lo e complementá-lo, não se exaure nas normas e nem na vontade do intérprete, ele simplesmente é inexaurível.

Se a jurisprudência municiada com uma retórica persuasiva foi capaz de criar modelos tão eficientes, como a que incutiu suposta cláusula implícita, algo imaginário dentro de um contrato, como fizeram os tribunais eclesiásticos ao criarem a cláusula *rebus*, por que

não utilizamos recursos retóricos, hoje, que dispomos também de tecnologia para vencermos problemas sociais graves como a violência?

Porque a questão não passa pelos meios que temos disponíveis e, sim, por uma cultura que permite o rico cometer crime e ser absolvido, mesmo tendo confessado (conforme concluímos com os dados da pesquisa empírica na Justiça Federal, Seção Judiciária de Pernambuco); uma sociedade que permite o criminoso rico andar às soltas e que só manda para a penitenciária o pobre, não pode esperar, a pequeno e médio prazos, avanços desse Poder Judiciário.

Quando este país se libertar dessas hipocrisias, e a sociedade do futuro tiver mais oportunidade de se educar, aí podemos falar de um Brasil desenvolvido, onde haverá a plenitude do Estado Democrático de Direito, em que as instituições atuam de modo a oferecer bem-estar a todos; que haja participação efetiva da iniciativa popular no processo legislativo; que o Poder Judiciário atue de forma ágil e imparcial sem qualquer intromissão de elementos estranhos ao próprio direito que envolve o objeto do litígio. Que sejam efetivas as decisões do Judiciário, e que o modo de nomeação e promoção de seus componentes ocorra de forma a prestigiar os competentes, segundo regras e procedimentos previamente conhecidos.

Ainda no ensejo destas conclusões, podemos afirmar que o Brasil adota a **teoria da imprevisão** nas relações contratuais de trato sucessivo e execução diferida, desde que ocorra, segundo anotação de Fonseca: “(a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente ou, ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista”.(1943, p. 236) Sendo hoje admitido em primeira instância, como

na jurisprudência dos tribunais. Reclamando a revisão ou resolução a participação do Judiciário, por razões do monopólio de jurisdição, a menos que as partes optem para que a solução de seus litígios seja por arbitragem.

Concluimos, também, que a admissão da **teoria da imprevisão** não se deu de repente nem de forma generalizada. O processo foi lento e gradual nos diversos ramos do Direito, sendo que, em termos de legislação isolada, primeiramente ocorreu em matéria de locação, após, nos contratos administrativos, mais recentemente, nas relações de consumo. O Código Civil, contudo, já dispunha, em alguns de seus artigos, sobre a revisão, como é o caso típico de pensão alimentícia.

Na jurisprudência, o maior registro de decisões acerca da **teoria da imprevisão** fica por conta dos planos econômicos, ainda que sobre esse rótulo as questões são diversificadas, discutem-se contrato de empreitada, empréstimo, casa própria, *leasing*, etc.

A aplicação da **teoria da imprevisão** no Direito brasileiro é um exemplo típico de que a jurisprudência pode construir saídas menos formais que atenda satisfatoriamente à sociedade, utilizando-se de recursos retóricos enfeixados nos princípios gerais de direito disponíveis no universo jurídico, com adesões de todos os auditórios.

Finalmente, como resultado dos estudos desta tese, entendemos apresentar algumas idéias, baseadas em dois postulados: 1) uma adequada aplicação do Direito; e 2) eficiência e confiabilidade na prestação jurisdicional.

Entendemos que o Judiciário brasileiro deveria repensar alguns conceitos e algumas práticas para por fim a essa prestação jurisdicional tão arcaica e nociva à sociedade brasileira como um todo.

O ideal é que, independentemente do perfil dos contendores, tivesse sempre em mira o Direito, houvesse infatigavelmente uma busca incessante ao justo, e efetivamente fosse alcançada. Para que esse sonho possa ser um dia realidade, é preciso que se comece a adotar algumas posturas, dentre as quais sugerimos: a) tornar efetivo o princípio da tripartição dos poderes, sem qualquer dependência ou vinculação financeira com o Poder Executivo; b) os tribunais escolherem e nomearem seus integrantes, independentemente da chancela do Poder Executivo; c) extinguir varas privativas; acabar com os privilégios de foro especial e prazos; d) capacitar bem seus integrantes; e) exigir de seus integrantes o cumprimento rigoroso dos prazos, assim como é exigido das partes. Estabelecer multas e outras severas penalidades para o julgador que deixar de cumprir os prazos previstos em lei. Cada processo ter um tempo certo e determinado de tramitar. O culpado pelo retardo responde no limite estipulado no pedido, incluindo aí o Poder Judiciário com direito de regresso contra a autoridade culpada do atraso; f) extirpar o nepotismo e qualquer tipo de favorecimento; g) aumentar o número de unidades judiciárias e de membros nas Cortes, a fim de que haja a prestação jurisdicional adequadamente prestada à coletividade, e h) criar sua própria polícia para que possa fazer cumprir suas decisões independentemente do Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

1- LIVROS

ADEODATO, João Maurício (1996). *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva.

ADEODATO, João Maurício (2002). *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira (1960). *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense.

ALEXY, Robert (1998). *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova (1998). *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

ARISTÓTELES (s/d). *Arte Retórica*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint.

ARISTÓTELES (1978). *Dos argumentos sofísticos*. São Paulo: Abril Cultural.

ARISTÓTELES (1978). *Tópicos*. São Paulo: Abril Cultural.

ARISTÓTELES (1996). *Organon*. São Paulo: Nova Cultural.

ARISTÓTELES (1997). *Obra Jurídica*. São Paulo: Ícone Editora.

ARISTÓTELES (1992). *Ética a Nicômacos*, 3º ed., Brasília: UNB.

BEVILÁQUA, Clóvis (1975). *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves.

BEVILÁQUA, Clóvis (1977). *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio.

BITTAR, Carlos Alberto (1994). *Teoria da Imprevisão - dos poderes do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BOBBIO, Norberto (1989). *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis.

BOBBIO, Norberto (1995). *O Positivismo Jurídico (Lições de filosofia do direito)*. São Paulo: Ícone.

BOBBIO, Norberto (1997). *Locke e o Direito Natural*, 2ª ed., Brasília: Editora UNB.

BOSON, Gerson de Britto Mello (1993). *Filosofia do Direito. Interpretação Antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey.

CAIO MÁRIO, Pereira da Silva. MARIO (1993). *Instituições de Direito Civil*. 9. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense.

CAMPOS, Francisco (1956). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CANOTILHO, J.J. Gomes (1992). *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina.

CASTRO, Torquato (1966). *Da Causa no Contrato*. Recife: Imprensa Universitária.

CARDINI, Eugenio Osvaldo (1937). *La Teoria de La Imprevisión*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Sarmiento.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão Cavalcanti (1960). *Tratado de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CÍCERO (2002). *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret

COSSIO, Carlos (1961). *La Teoria de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CUNHA, Fernando A Muniz da (1979). *Correção Monetária no Direito Imobiliário*. São Paulo: Sugestões Literárias.

DAVID, René (1998). *Os Grandes Sistemas do Direito Comparado*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes.

EHRlich, Eugen (1967). *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB.

ESPINOLA, Eduardo e FILHO, Eduardo Espínola (1995). *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar.

- FERRARA, Francesco (1987). *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (1980). *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (1997). *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. (1943). *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.
- GARCIA, Juvêncio Gomes (1996). *A Função Criadora do Juiz* Brasília: Brasília Jurídica.
- GILISSEN, John (s/d). *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de (2000). *Interpretação criativa e realização do direito*. Recife: Bagaço.
- GUSMÃO, Paulo Dourado (1972). *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- GRAU, Eros Roberto (2000). *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros.
- JHERING, Rudolf Von (1972). *A Luta pelo Direito*. Rio: Forense.
- JOLIVET, Régis (1959). *Curso de Filosofia*. Rio de Janeiro: Agir.
- KANT, Immanuel (1986). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições Setenta.
- KELSEN, Hans (1984). *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado.
- KLANG, Márcio (1983). *A Teoria da Imprevisão e a Revisão dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LALANDE, André (1993). *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes.
- LARENZ, Karl (1956). *Base del Negócio Jurídico y Cumplimientos de los Contratos*. Madrid: ERDP.
- LARENZ, Karl (1983). *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LIMA, Hermes (1989). *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- LESSA, Pedro (2000). *Estudos de Filosofia do Direito*. Campinas: Bookseller.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto (1986). *O Contrato: Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva.

- LÔBO, Paulo Luiz Neto (1991). *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva.
- MAIA, Alexandre da (2000). *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MAIA, Paulo Carneiro (1959). *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva.
- MAIA, Paulo Carneiro (1962). *Estudos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Alba Ltda.
- MÁYNEZ, Eduardo Garcia (1985). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- MAXIMILIANO, Carlos (1994). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- MIRANDA, Pontes (1999). *Tratado de Direito Privado*, tomo I, Campinas: Bookseller.
- MEIRELLES, Hely Lopes (1994). *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1998). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MELO, Raíssa de Lima (2001). *Pluralismo Jurídico: para além da visão monista*. Campina Grande: EDUEP
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares (2000). *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar.
- NAHUZ, Cecília dos Santos, FERREIRA, Luzimar Silva (1993). *Manual para Normalização de Monografias*. São Luiz: Editora UFMA.
- NADER, Paulo (1993). *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- PERELMAN, Chaïm e Olbrechts-Tyteca (1996). *Tratado da Argumentação - Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes.
- PERELMAN, Chaïm (1998). *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes.
- REALE, Miguel (1991). *Filosofia do Direito*, 14. ed. São Paulo: Saraiva.
- RIPERT, Georges (2000). *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller.
- ROHDEN, Luiz (1997). *O Poder da Retórica: a arte retórica de Aristóteles*. Porto Alegre: EDIPUCRS
- ROSA, Josimar Santos (1994). *Contratos de Adesão*. São Paulo: Atlas
- SALDANHA, Nelson (1998). *Filosofia do Direito*. São Paulo: Renovar.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1988). *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor.

SANTOS, Mário Ferreira dos. (1965). *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*. São Paulo: Match.

SIDOU, J.M. Oton (1962). *A Cláusula “Rebus Sic Stantibus” no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

SILVA, De Plácido e (1993). *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense.

SILVA, Zélio Furtado (2000). *Direito Adquirido à Luz da jurisprudência do STF referente ao servidor público*. São Paulo: Editora do Direito.

SORIANO, Abgar (1940). *Da Cláusula “Rebus Sic Stantibus”*. Recife: Editora Diário da Manhã

SOUTO, Cláudio (1978). *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*. Porto Alegre: Fabris.

TÁCITO, Caio (1997). *Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar.

TEIXEIRA, João Paulo Allain (2002). *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

TENÓRIO, Oscar (1955). *Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi.

TORRE, De La Sánchez (1962). *Los Griegos y el Derecho Natural*. Madrid: Editorial Tecnos.

2 – ARTIGOS

ADEODATO, João Maurício Leitão (1992). “Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos” *in*: Anuário do Mestrado em Direito, nº 5, Recife: Editora da UFPE, 1992, p. 207-242.

ADEODATO, João Maurício Leitão (1994). “Conhecimento e Ética: O Ceticismo de Kant” *in*: Revista Ciência & Trópico da Fundação Joaquim Nabuco, v. 22, nº I, Recife: Editora Massangana, p. 7-20.

ADEODATO, João Maurício Leitão (1995). “Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito” *in*: Anuário do Mestrado em Direito, nº 7. Recife: Editora da UFPE, p. 199-216.

ADEODATO, João Maurício Leitão (1997). “Base para uma metodologia da pesquisa em direito” *in*: Anuário do Mestrado em Direito, nº 8. Recife: Editora da UFPE, p.201-224.

ADEODATO, João Maurício Leitão (1998). "A Concretização Constitucional de Friedrich Muller" *in*: Direito Constitucional (Coleção Bureau Jurídico), v. II. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 15-19.

ADEODATO, João Maurício Leitão (1999). "O Silogismo Retórico (Entimema) na Argumentação Judicial" *in*: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 9. Recife: Editora da UFPE, p. 135-156.

ALEXY, Robert (1992). "Problemas da Teoria do Discurso" *in*: Anuário do Mestrado em Direito, nº 5. Recife: Editora da UFPE, p. 87-105.

ALWIN, Décio Ferraz (1934). "Da Cláusula" 'Rebus Sic Stantibus' "*in*: Revista dos Tribunais, vol. XC, fascículo nº 408. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 13-20.

ANDRIGHI, Vera (1995). "Nova interpretação dos velhos princípios contratuais, em face do Código do Consumidor" *in*: Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, (s/n) set./dez. Brasília: Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, p. 45-54.

BALLWEG, Ottmar. "Retórica Analítica e Direito" (1991) *in*: Revista Brasileira de Filosofia, nº 163. São Paulo: IBF, p. 175-184.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio (1945). "A Cláusula Rebus Sic Stantibus no Direito Administrativo" *in*: Revista de Direito Administrativo, v. 2. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, p. 812-823.

BORGES, José Souto Maior (1992). "Da Verdade Semântica à Verdade como Desvelamento" *in*: Anuário do Mestrado em Direito, nº 5. Recife: Editora da UFPE, p. 56-63.

CAIO MARIO, da Silva Pereira (1942). "Cláusula 'Rebus Sic Stantibus' " *in*: Revista Forense, v. XCII, fascículo 474. Rio de Janeiro: Forense, p. 797-800.

CAMPOS, José (1956). "A Cláusula" Rebus Sic Stantibus "e o Surto Inflacionário no País" *in*: Revista dos Tribunais, v. 252. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 36-44.

CASTRO, Torquato de (1983/1984). "Fato e situacionalidade jurídica" *in*: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, nº 27/28. Recife: OAB, p. 9-17.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (1978). "A Teoria da Imprevisão". Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, v. 22. Recife: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados de Pernambuco, p. 81-99.

COSTA, Judith H. Martins (1991). "A Teoria da Imprevisão e a Incidência dos Planos Econômicos Governamentais na Relação Contratual" *in*: Revista dos Tribunais, nº 670. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 41-48.

GAGLIANO, Pablo Stolze (2001). "Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão". Disponível: < <http://www1.jus.com.br> > Acesso em: [2001].

GONDIM, Regina (1959). “Teoria da Imprevisão” *in*: Revista Jurídica, vol. XVII. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, p. 169-177.

GRAU, Eros Roberto (1995). “A Jurisprudência dos Interesses e a Interpretação do Direito” *in*: Jhering e o Direito no Brasil (João Maurício Adeodato org.). Recife: Editora Universitária, p.70-82.

FARIA, José Eduardo (1998). “As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais” *in*: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça (José Eduardo Faria org.). São Paulo: Malheiros, p. 52-67.

FARIA, José Eduardo (1998). “O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira” *in*: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça (José Eduardo Faria org.). São Paulo: Malheiros, p. 94-112.

FERRAZ, Tércio Sampaio (2000). “O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: Um Princípio em Decadência ?” *in*: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 11. Recife: Editora da UFPE, p. 345-359.

JOFFÍLY, G. Irenêo (1972). “A Teoria da Imprevisão (*Rebus sic Stantibus*) Não Deve Abalar a Seriedade dos Negócios” *in*: Revista de Informação Legislativa, julho a setembro. Brasília: Senado Federal, p. 89-92.

LANDIM, Jaime (1944). “Notas ao Anteprojeto do Código das Obrigações” *in*: Revista Forense, v. XCVIII. f. 487. Rio de Janeiro: Forense, p. 319-325.

LEITE, Alcino Waldir (1988). “A Teoria da Imprevisão (ou *rebus sic stantibus*) na Conjuntura Econômica Brasileira” *in*: Revista Ciência Jurídica, v. II. Salvador: Editora Ciência Jurídica, p. 39-42.

LOMONACO, José Antônio (1992). “A Cláusula *Rebus Sic Stantibus* no Direito Brasileiro” *in*: Revista dos Tribunais, nº 683. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 37-44.

MAIA, Alexandre da (1999). “Autopoiese *versus* prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário” *in*: Revista da ESMape, v. 4. nº 9. Recife: Bargaço, p. 39-68.

MARINHO, Josaphat. (1977) “Código Civil: parecer final” *in*: Diário do Senado Federal. Ano LII, Suplemento “A” ao nº 208. Brasília: Distrito Federal, 15.11.1977. p.7-8.

MONTE, Roberval Clementino Costa do (1975). “Cláusula *Rebus Sic Stantibus*” *in*: Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 2. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral da Justiça, p. 25-33.

NETO, Nelson Zunino. “*Pacta sunt servanda e rebus sic stantibus* - uma breve abordagem”. Disponível: < <http://www.rt.com.br> >. Acesso em: [2001].

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos (1972). “A Teoria da Imprevisão no Direito Positivo Brasileiro” *in*: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, v. IV, nº 9. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, p. 128-146.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos (2000). “Uma Bibliografia Comentada de Fontes Diretas e Indiretas para o Estudo do Esboço, Apontamentos, Anteprojetos, Projetos e Código Civil Brasileiro, de 1855 à 2001” *in*: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito n° 11. Recife: Editora da UFPE, p. 361-390.

NEVES, Geraldo Serrano (1952). “Teoria da Imprevisão e Cláusula “Rebus Sic Stantibus” *in*: Revista Forense, v. 142, f. 589 e 590. Rio de Janeiro: Forense, p. 513-517.

NEVES, Serrano. “Desdolarização dos contratos “*rebus sic stantibus*”. Disponível em: < serrano@cultura.com.br >. Acesso em: [2001].

OLIVEIRA, Anísio José de.(1973). “Da *Rebus sic Stantibus*” *in*: Mensageiro Jurídico, março/abril. Rio de Janeiro: Mensageiro Jurídico, p. 6-8.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva (1989). “ Cláusula “Rebus Sic Stantibus” – Teoria da Imprevisão” *in*: Revista dos Tribunais, n° 647. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 48-56.

PEREIRA, Kylce Anne de Araújo (2000). “Discricionariedade Administrativa e controle judicial: argumentação entimemática e conceitos jurídicos indeterminados” *in*: Revista da ESMape, v. 5, n° 11. Recife: Bargaço, p. 229-246.

PRETA NETO, Itagiba Catta (2001). “Dívida Externa e os Princípios gerais de Direito” *in*: Revista Consulex, n° 118. Brasília- Editora Consulex, p. 28-33.

RABENHORST, Eduardo (1997). “Falácia Naturalista e Semântica dos Mundos Possíveis” *in*: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n° 8. Recife: Editora da UFPE, p. 65-76.

ROCHA, Clóvis Paulo da. (1959) “Teoria da Imprevisão” *in*: Revista Jurídica, v. XVII. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, p. 143-150.

SALDANHA, Nelson (2000). “Pensamento Jurídico, Raciocínio e Argumentação” *in*: Revista da ESMape, v.5, n° 11. Recife: Bargaço, p. 345-356.

SELBMAN, Inês Cristina (1998). “ Uma reflexão crítica acerca da visão dogmática de Direito” *in* Revista da ESMape, v. 3, n° 7. Recife: Bargaço, p. 367-382.

SILVA, Zélio Furtado (1996). “O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos” *in*: Revista da ESMape, n° 2. Recife: Bargaço, p. 79-89.

SOBOTA, Katharina (1997). “Não mencione a norma !” *in*: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n° 7, 1997. Recife: Editora da UFPE, p.251-273.

STAMFORD, Artur (1998). “As Audiências Judiciais como Processo de Legitimação e Justiça Social (à luz da Teoria da Justiça de Rawls e da Legitimação pelo Procedimento de Luhmann)” *in* Revista da Esmape, v. 3, n° 7. Recife: Bargaço, p. 43-65.

TÁCITO, Caio (1954). “Contrato Administrativo – Revisão de Preço – Teoria da Imprevisão” *in*: Revista Forense. v. 155, n° 615 e 616. Rio de Janeiro: Forense, p. 97-103.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. “A caracterização do objeto da Ciência do Direito e o seu problema hermenêutico-decisório” *in*: Revista da ESMAPE, v. 3, nº 7. Recife: Bargaço, p. 405-428.

TEPEDINO, Gustavo (1988). “A Teoria da Imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado” *in*: Revista Forense, v. 301. Rio de Janeiro: Forense, p. 73-83

TREVES, Renato (1977). “Métodos de Pesquisa Empírica” *in*: Sociologia e Direito – Leituras básicas de sociologia jurídica (Cláudio Souto e Joaquim Falcão org.). São Paulo: Livraria Pioneira Editora, p. 79-89.

VEIGA, José Gláucio (1992). “Lógica da Argumentação” *in*: Anuário do Mestrado em Direito, nº5. Recife: Editora da UFPE, p.37-63.

VIEIRA NETTO, Mário Machado (1993). “A Teoria da Imprevisão e a Rescisão de Promessa de Compra e Venda de Imóveis. A nulidade da cláusula de perda das prestações pagas” *in*: Revista dos Tribunais, nº 689. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº p. 106-113.

WALD, Arnaldo (1959). “Teoria da Imprevisão” *in*: Revista Jurídica, v. XVII. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, p. 151-168.

WALD, Arnaldo (1989). “Revisão de Valores no Contrato: A Correção Monetária, A Teoria da Imprevisão e o Direito Adquirido”. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 647. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 23-34.

3 - SITES JURÍDICOS: PROCESSOS JUDICIAIS

BRASIL. STF. ADIQUO 534- DF. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. ADC 4 – DF. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. ADIn. 1617-2 – MS. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RE – 64692/SP. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RE AG – 25254. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. Súmula 65. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RE – 64152/GB. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RHC 59052/CE. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. SEC 4449/E.U. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RE 75511/PR Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. AG 25254. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RE 80575/RJ.. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RE 53158 Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. RE 18518/SP. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. ACORQO Nº 615/RJ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: [2001]

BRASIL. STF. PETMC- 1615/MG. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STJ. REsp. 135151/RJ. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em: [2001].

BRASIL. STJ. REsp 268661 RJ. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> >. Acesso em: [2001].

BRASIL. STJ. ROMS 7399/MS. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STJ. REsp 177018/MG. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STJ. REsp. 136561/MG. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STJ. REsp. 34033/RJ. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STJ. REsp. 1135/RS. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em: [2001]

BRASIL. STJ. REsp. 34033/RJ. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em: [2001]

DISTRITO FEDERAL. TJDF. Ap. 1999 0179707. Disponível em: < <http://www.tjdf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

EMENTÁRIO SELECIONADO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. Rio Grande do Sul. TARS. Ap. 191095280. Disponível em: < direitobancario@direitobancario.com.br >. Acesso em: [2001]

PARANÁ. TJPR. Ac. 0162148-3. Disponível em: < <http://www.tjpr.gov.br>. >. Acesso em: [2001]

PERNAMBUCO. TJPE. AI 48852-8. Disponível em: < <http://www.tjpe.gov.br>. >. Acesso em: [2001].

RIO DE JANEIRO. TJRJ. AC 1827/1999. Disponível em: < <http://www.tjrj.gov.br>. >. Acesso em: [2001].

SERGIPE. JFSE. Proc. 98233-2. Classe 01000. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: [2001]

