

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 20

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2017

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 20 (janeiro/junho 2017)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

A REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS SISTEMAS DE COMMON E CIVIL LAW¹

HARDSHIP IN COMMON AND CIVIL LAW CONTRACTS

Matheus Gomes Setti
Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

Resumo: Os contratos nos sistemas de *Common* e *Civil Law* apresentam diferenças fundamentais que repercutem até aspectos práticos como a revisão por onerosidade excessiva. O estudo dessas diferenças e semelhanças é cada vez mais pertinente tendo em vista a presença sempre maior de contratos e negócios internacionais, especialmente no ambiente empresarial, foco deste trabalho. O estudo a partir de doutrina e jurisprudência de diversos países de ambos os sistemas permitiu constatar que nos países de civil law como um todo, o reconhecimento da onerosidade é mais restrito. Por sua vez, dentre os países de civil law, a Alemanha e Portugal se mostram os menos exigentes, ao passo em que França é bastante restrita, estando Brasil e Itália em uma espécie de meio-termo. Pode-se perceber que ambos os sistemas vêm convergindo em diversas concepções, e a análise americana é, na verdade, muito parecida com a brasileira.

Palavras-chave: Contratos. Direito Comparado. Onerosidade Excessiva. Revisão Contratual. Contratos Empresariais.

¹ Artigo recebido em 01.10.2018 e aceito em 14.12.2018.

Abstract: Civil and Common law contracts have fundamental differences which affect even more practical aspects such as the recognition of hardship. Studying such differences and similarities is ever more important, since there are progressively more international contracts, specially in the business world, which is the focus of this study. The authors and jurisprudence studied showed that common law countries are more strict when it comes to recognizing hardship. Meanwhile, between civil law countries Germany and Portugal are less strict, while France appears to be stricter and Brazil and Italy to be somewhere in the middle. Both systems have been converging in several topics and the american conception is in reality very similar to the brazilian.

Keywords: Frustration. Comparative Law. Hardship. Commercial Impracticability. Commercial Contracts.

Sumário: Introdução. 1. O Reconhecimento da Onerosidade Excessiva. 1.1. *Civil Law*. 1.1.1. Teoria da Imprevisão. 1.1.2. Teoria das Bases Contratuais (*Störung ou Wegfall der Geschäftsgrundlage*). 1.1.3. A Onerosidade Excessiva no Direito Brasileiro. 1.2. *Common Law*. 1.2.1. Inglaterra. 1.2.2. Estados Unidos. 1.3. Princípios do Unidroit. 2. As Consequências da Onerosidade Excessiva. Conclusão.

Introdução.

Os contratos nos sistemas de *Common* e *Civil Law* apresentam características substancialmente distintas. De início, os próprios pressupostos para formação de contratos diferenciam-se entre os sistemas. De um lado, nos países de *Civil Law*, como explica Venosa, os pressupostos de validade para a existência de um contrato são basicamente a capacidade das partes e o consentimento em relação a

suas determinações². De outro, os países de *Common Law*, como afirma McKendrick, têm como requisito necessário para uma verdadeira relação contratual a *consideration*: uma obrigatória barganha, uma contraprestação recíproca de cada uma das partes em relação à outra³. Em outras palavras, aquele que faz uma promessa (*promisor*) deve receber alguma coisa em troca daquele a quem a promessa é feita (*promisee*)⁴.

Essa exigência é uma mostra da visão predominante na *Common Law* de que os contratos são instrumentos “a serviço do funcionamento do mercado”.⁵ Enquanto isso, a *Civil Law* atribui aos contratos funções sociais que vão desde, à semelhança do outro sistema, movimentar a economia⁶ até promover a igualdade econômica na sociedade⁷. Além disso, este sistema privilegia princípios como a boa-fé objetiva⁸ e a justiça contratual comutativa.⁹

Por isso, argumenta Dário Moura Vicente, a *Common Law* coloca em absoluto primeiro plano a vontade e autonomia das partes, e as cortes têm extrema relutância em interferir no que foi acordado entre os contratantes. De outro lado, afirma o autor, a *Civil Law* estabelece que a autonomia privada, ainda que central, depende de ou-

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 17ª . ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. III, p. 86-87.

3 MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. 11ª ed. Londres: Palgrave Law Masters, 2015. p. 67.

4 *Promisor e promisee* podem ser boas traduções para devedor e credor.

5 TIMM, Luciano Benetti. Common Law e Contract Law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. *RIDB*. Lisboa. ano 1, nº 1, 2012. p. 533.

6 WALD, Arnoldo. A Aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 17, 2008. p. 9.

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 163

8 MOSS, Giudita Cordero. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith. *Global Jurist*, Turin, v. 7, n. 1, 2007. p. 9.

9 VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito comparado. *RDCC*. São Paulo, v. 8, p. 275-302, jul./set. 2016. p. 285.

tros fatores para ser válida, uma vez que incide no plano fático somente de modo mediato pelo direito e seus princípios, ou seja, a disposição das partes é válida quando estiver “dentro dos limites da lei, máxime das normas imperativas através das quais o Estado procura desempenhar as suas incumbências no domínio social e econômico”.¹⁰

Assim, as cortes anglo-americanas, diferentemente das romano-germânicas, não costumam a encontrar cláusulas implícitas e vontades tácitas ou não declaradas nos contratos, analisando normalmente somente aquilo que foi explicitamente disposto pelas partes¹¹.

Dessa forma, nos países de *Common Law*, as cortes dificilmente reconhecem onerosidade excessiva, a não ser que as próprias partes a tenham previsto no contrato.¹² Isso porque as cortes inglesas, de modo geral, preferem tutelar a liberdade contratual e a segurança jurídica de que o combinado será executado à risca do que o equilíbrio entre as partes.¹³

Do outro lado, os países de *Civil Law* costumam ser bem menos rigorosas para reconhecer a onerosidade e resolver ou alterar os contratos¹⁴. Isso pode acontecer em razão de evento imprevisível que altere profundamente o equilíbrio contratual¹⁵, evento imprevisível e extraordinário que tenha as mesmas consequências¹⁶ ou uma altera-

10 Ibidem. p. 286.

11 MOSS, Giudita Cordero. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith. *Global Jurist*, Turin, v. 7, n. 1, 2007. p. 6. VICENTE, Dário Moura. Op. cit.. p. 294.

12 Ibidem. p. 295.

13 MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. 11ª ed. Londres: Palgrave Law Masters, 2015. p. 254

14 PERILLO, Joseph. Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996.

15 BOUTHINON-DUMAS, Hughes. Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision. *Revue internationale de droit économique*, Paris, v. 3, n. 3, 2003. p. 339-373.

16 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ção substancial na base objetiva do contrato¹⁷. Essas visões surgiram, respectivamente, na França, Itália e Alemanha. O Brasil adotou a concepção similar à italiana; o Unidroit, à francesa.

Como se vê, mesmo dentro dos próprios sistemas, há divergências e complexidades. Em *Common Law*, também, o ordenamento inglês é bem mais rígido e contempla bem menos hipóteses do que o americano, que vem se abrandando nas últimas décadas.¹⁸

Há várias maneiras de se tratar a onerosidade excessiva, bem como várias formas de a compreender, reconhecer e remediar. Essas semelhanças e diferenças, encontradas tanto entre o *Common Law* e *Civil Law*, como internamente a esses sistemas, serão o objeto deste trabalho.

Tal análise se faz relevante pois, ainda que atualmente sejam os contratos internacionais completamente corriqueiros e vastamente utilizados, os diferentes países têm leis divergentes para interpretá-los e manejá-los em caso de eventuais problemas.

Para esse objetivo, analisaremos primeiro as condições que cada sistema estabelece para que seja reconhecida a onerosidade excessiva, contemplando as várias correntes do *Civil Law* e do *Common Law* e comparando-as entre si e com as demais.

1. O Reconhecimento da onerosidade excessiva.

1.1. *Civil Law*.

No *Civil Law*, os casos aqui tratados como de onerosidade excessiva eram contemplados pela teoria da cláusula *rebus sic stanti-*

17 REITER, Christian. *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

18 PERILLO, Joseph. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación internacional – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998. p. 111-112.

bus, advinda do direito romano, segundo a qual havia uma condição implícita de que a imperatividade do contrato dependeria da continuidade das situações fáticas sobre os quais ele foi firmado. Essa teoria foi utilizada até o século XVIII e rejeitada pelos juristas do século XIX, que adotaram com firmeza a concepção de “santidade dos contratos”.¹⁹

Conforme Gagliano e Pamplona, tais juristas modernos foram forçados a recuar após a 1ª Guerra Mundial: a crise que ela ocasionou fez com que fosse simplesmente impossível executar os contratos que haviam sido anteriormente firmados. Devido a essa situação, a cláusula romana voltou à tona sob diversas formas. Na França, foi criada a Teoria da Imprevisão, adotada na Itália como onerosidade excessiva, e transposta ao Código Civil de 2002 do Brasil; na Alemanha, a do *störung* ou *wegfall der Geschäftsgrundlage* (perturbação das bases contratuais).²⁰

1.1.1. Teoria da imprevisão.

A Teoria da Imprevisão surgiu na França com uma disputa entre *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* “Gaz de Bordeaux” e a cidade de Bordeaux, que versava sobre um contrato de iluminação pública que havia ficado 300% mais caro e foi adaptado pela corte francesa.²¹

De acordo com Bouthinon-Dumas, essa teoria propõe que se permita a adaptação do contrato a situações imprevisíveis que dei-

19 FUCCI, Frederick. Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts: Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance. *American Bar Association Section of International Law Spring Meeting*, New York, 2006. p. 3-4.

20 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 309.

21 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 3-4.

xem o negócio muito mais oneroso para uma das partes. Segundo o autor, ela é vista como uma exceção ao princípio de obrigatoriedade dos contratos, tem sua origem nos princípios de boa-fé e bom senso contratual e possibilita que os negócios possam manter seu equilíbrio real, e não somente o nominal.²²

Na mesma linha, e contra a noção do *Common Law* de que uma revisão contratual macularia o princípio de segurança jurídica e a certeza negocial, argumenta Garcia que, na verdade, a teoria da imprevisão garante que, em face de eventos que não poderiam de maneira alguma ter sido razoavelmente previstos pela perspicácia humana e desequilibrem profundamente o contrato, deve este ser readequado ao que para que seu equilíbrio corresponda ao que fora inicialmente pactuado. Segundo o autor, isso é o que realmente dá às partes segurança de que o concordado no contrato inicialmente será cumprido de forma adequada, ainda que sofra interferência de eventos inesperados.²³

Diferentemente da doutrina alemã, a francesa passou muitos anos pouco esclarecida, sem ser positivada e apenas eventualmente presente na jurisprudência. As cortes em geral tinham enorme relutância em aplicá-la, e a regra quase absoluta era a manutenção do contrato a qualquer custo.²⁴ Em 2016, contudo, a reforma das leis de obrigações no *Code Civil* incluiu o artigo 1.195, que dispõe ser cabível a exigência de renegociação contratual quando o negócio se tornar excessivamente oneroso por razões imprevisíveis.

Os italianos deram ênfase à extraordinariedade do evento imprevisível, formulando o que foi chamado de Teoria da Onerosidade

22 BOUTHINON-DUMAS, Hughes. Op.cit. p. 363-364.

23 GARCIA, Sebastião Carlos. Revisão dos contratos. *Revista dos tribunais*, São Paulo, 2007. v. 856, p. 5-6.

24 DORALT, Walter. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage: Altes und Neues zur théorie de l'imprévision in Frankreich. *Max Planck Private Law Research Paper*, n. 12-23, Heidelberg, 2012. p. 762.

Excessiva, que é corolária direta da Teoria da Imprevisão. Tal conceito está previsto nos artigos 1.467 e seguintes do *Codice Civile*:

Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Enzo Roppo esclarece que a regra é a manutenção dos contratos mesmo que uma parte lucre bem mais do que o esperado e a outra sofra prejuízo. De acordo com ele, o “duplo binômio proveito-risco e liberdade contratual-responsabilidade contratual” é que deve guiar os negócios nos países capitalistas. Desse modo, somente os eventos que escapem da “álea ordinária” do contrato, ou seja, eventos imprevisíveis e extremamente extraordinários podem justificar a revisão do contrato.²⁵

Roppo continua explicando que a *onerosità* requer o concurso de circunstâncias externas e internas ao contrato. Aquelas são o acontecimento de um evento imprevisível e extraordinário. Estas, o desequilíbrio de fato ocasionado pelo evento no contrato. Ou seja, não basta simplesmente que a anomalia ocorra ou que o contrato esteja desequilibrado; ambas as coisas devem ocorrer em conjunto e se vincular por um nexos causal para que sejam contempladas pelo artigo 1.467.

Assim, o evento que caracteriza onerosidade excessiva segundo essa teoria é aquele imprevisível e extraordinário, que não poderia

25 ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 259-262.

ter sido contemplado pelas partes aprioristicamente e desequilibra os termos do contrato.²⁶

Diversos países europeus, entretanto, adotaram a teoria alemã, que também é utilizada por vezes no Brasil para embasar as decisões. Analisemos, pois, tal doutrina.

1.1.2. Teoria das bases contratuais (*Störung* ou *Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

Após a 1ª Guerra Mundial, a Alemanha estava destruída e entrou numa crise profunda, em razão da qual o Marco chegou a valer muito menos de um milionésimo de seu antigo valor. Assim, quando Larenz desenvolveu e aperfeiçoou a teoria de Oertmann das bases contratuais – e sua destruição – a Suprema Corte Alemã, *der BGH*, rapidamente a adotou.²⁷ Segundo ela, todo contrato é composto por uma base subjetiva e uma objetiva. Aquela é a vontade das partes e suas pressuposições ao adentrar o negócio. Esta são as condições fáticas do contexto em que o negócio é firmado.²⁸

Conforme Leães, dentre os aspectos objetivos se poderia citar a situação econômica do país de modo geral, o valor da moeda, as circunstâncias do mercado, entre outros. Tais aspectos deveriam ser analisados em conjunto com a vontade subjetiva das partes, suas crenças, pressuposições e objetivos ao adentrar o negócio. “Se eventos supervenientes fizerem ‘desaparecer’ essas condições, impondo ao devedor um esforço muito além da previsão que pudesse ser feita ao tempo da pactuação, legitimar-se-ia a resolução ou a revisão do

26 GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 180.

27 PERILLO, Joseph. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación internacional* – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998. p. 114-115.

28 REITER, Christian. Op. cit.. p. 136.

contrato”. Para o autor, as bases do contrato seriam destruídas caso fosse perturbada a relação de equivalência sinalagmática ou a finalidade do negócio fosse frustrada.²⁹

Reiter explica que não é qualquer perturbação nas bases contratuais que pode ensejar a revisão pela *Störung*, mas somente aqueles “cuja execução seria inaceitável pelos princípios do Direito e da justiça (...) quando ocorre uma grande perturbação nas bases contratuais que tornem o seu próprio espírito algo diferente (...) e quando uma prestação não pode absolutamente mais ser vista como equivalente à outra”.³⁰

Percebe-se, como esclarece Dário Moura Vicente, que o direito alemão tutela tanto o equilíbrio formal, como o material dos contratos, ou seja, “uma justiça material substantiva” expressa no equilíbrio entre os sinalagmas contratuais. Citando Larenz, o autor conclui que tal direito contratual deve ser visto como uma interação entre os princípios da autonomia privada, confiança e justiça contratual comutativa.³¹

Esse instituto foi positivado no artigo 313 do BGB (tradução nossa)³²:

29 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 31, p. 3, 2006.

30 REITER, Christian. Op. cit. p. 172.

31 VICENTE, Dário Moura. Op. cit. p. 288-289.

32 § 313 Störung der Geschäftsgrundlage (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

§ 313 Perturbação das bases contratuais

(1) Caso as circunstâncias nas quais se baseou o contrato sofrerem drásticas e imprevisíveis mudanças após sua pactuação, em face de cuja previsão as partes teriam deixado de contratar ou contratado diferentemente, a adaptação do contrato pode ser exigida, desde que uma das partes não esteja obrigada, por contrato ou lei, em face das circunstâncias do caso concreto, a arcar com os riscos advindos da relação.

(2) Também se considerarão mudadas as circunstâncias quando as pressuposições das partes que serviram como base para o contrato se mostrarem posteriormente erradas.

(3) Se a adaptação contrato não for possível, e nenhuma parte puder ser responsabilizada pelos riscos, então pode a parte prejudicada se retirar da relação contratual. Nos contratos continuados, o direito de denúncia é substituído pelo de resolução contratual.

Solução muito parecida é adotada pelo Código Civil português em seu artigo 437, que se inspira muito no BGB.³³ Segundo Venosa, é a “solução mais elegante e eficiente” para os casos de onerosidade excessiva.³⁴

Essa teoria se difere da imprevisão especialmente por não dar ênfase à imprevisibilidade e extraordinariedade do evento que perturbe as bases do negócio. Este, mesmo que relativamente normal, pode, a princípio, ensejar a revisão contratual.

1.1.3. A onerosidade excessiva no direito brasileiro.

No Brasil, a resolução contratual por onerosidade excessiva está prevista nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002:

33 VICENTE, Dário Moura. Op. cit., p. 289.

34 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 129.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

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

Como se vê, o legislador brasileiro adotou conceito muito similar ao italiano, mas não se referiu expressamente à “álea ordinária”, à qual o *Codice Civile* celebrenemente refere-se. De diversas outras formas, porém, os brasileiros mantêm a ênfase dada pelos italianos à extraordinariedade do evento, aliada à sua imprevisibilidade. Assim, Diniz afirma que “não se poderá admitir a *rebus sic stantibus* se o risco advindo for normal ao contrato”.³⁵ Sílvio Venosa, Judith Martins-Costa e Orlando Gomes também se referem à necessidade de o risco concretizado escapar àqueles “normais” ao negócio.³⁶ Desse modo, expressa-se o enunciado 366 da 4ª Jornada de Direito Civil:

366. O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

35 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 164.

36 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 118; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 599; GOMES, Orlando. Op. cit. p. 180.

Martins-Costa explica detalhadamente quais são os requisitos para que a onerosidade excessiva seja reconhecida no Brasil³⁷:

(i) que o contrato não se classifique como de execução instantânea; (ii) que o fator do desequilíbrio seja superveniente, isto é, que o evento causador da excessiva onerosidade seja superveniente à conclusão de contrato comutativo, ou de seus aditamentos; bem como que o evento causador do desequilíbrio; (iii) tenha sido, no momento da conclusão do contrato (ou da sua renovação, ou do aditamento), imprevisível às partes; (iv) não seja imputável à parte que o alega; (v) cause a uma das partes «onerosidade excessiva» e (vi) à outra parte «extrema vantagem» e (vii) escape ao risco próprio do negócio, isto é: que o risco não se classifique como «risco normal do negócio»

No entanto, o artigo 478 não é único mecanismo com o qual se tratam os casos de onerosidade excessiva brasileiros. Há também o artigo 317:

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

Segundo Wald, tal artigo “trata-se de forma de revisão destinada exclusivamente a assegurar a permanência, durante toda a execução do contrato, da situação contratual real existente no momento da sua celebração”.³⁸ Ainda que a definição pareça por demais similar ao outro artigo estudado, como aponta Garcia, em que pesem seus diversos pontos de contato, esse mecanismo não é igual ao artigo 478.³⁹

37 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 598-599.

38 WALD, Arnoldo. Op. cit. p. 13.

39 GARCIA, Sebastião Carlos. Op. cit. p. 6-7.

Garcia explica, citando Diniz, que o reajuste do artigo 317 “cinge-se e se restringe ao ajustamento da valoração pecuniária da prestação relativa ao adimplemento contratual; e não, propriamente, ao contrato em essência”. Segundo o autor, essa diferença fica mais clara ao se reparar que o artigo fica no capítulo de adimplemento das obrigações, e não no sobre contratos propriamente ditos.⁴⁰

Isso quer dizer que o objeto do contrato não pode mudar, a prestação não pode ser qualitativamente modificada, tampouco pode-se prestar algo diferente do pactuado: simplesmente reajusta-se o valor pecuniário anterior à nova situação. Desse modo, não cabe, por meio do artigo 317, que se fale em resolução ou renegociação do contrato, mas somente sua correção monetária pela corte. Esse artigo estabelece uma cláusula de correção no valor das prestações contratuais de dinheiro, mas não pode alterar seu conteúdo.⁴¹

Não há unanimidade entre as justificativas para a aplicação da teoria, mas elas costumam girar em torno de função social e econômica do contrato, bem como boa-fé e justiça contratual. Entretanto, jurisprudência acaba, por vezes, misturando todos esses conceitos de modo relativamente vago e aparentemente inadequado.⁴²

Para Diniz, o ordenamento jurídico brasileiro tem entre suas funções a promoção da igualdade econômica, e aplicação da teoria a contratos profundamente desequilibrados visa a cumprir tal objeti-

40 DINIZ, Maria Helena. Código Civil (LGL\2002\400) anotado. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. In: GARCIA, Sebastião Carlos. *Revisão dos contratos*. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 856, 2007, p. 6-7.

41 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 577.

42 STJ. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.228.006 Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 02.10.13. Data de Publicação: 02.10.2013 Reconheceu pelos próprios fundamentos a decisão do tribunal *a quo*, na qual se lia: “A teoria da imprevisão cabe perfeitamente ao caso vertente (...). Devem ser observados os princípios da função social do contrato, de equidade retributiva e de boa-fé objetiva, respeitando-se os princípios de probidade e boa-fé. Ressalte-se que a ocorrência dos fatos econômicos e naturais – doença – prejudicou em muito os Apelados, que trabalharam arduamente para chegar a colheita dos frutos, não sendo justo os mesmos assumirem todo o prejuízo e beneficiar o Apelante.”

vo.⁴³ Venosa, por sua vez, pondera que a teoria auxilia no cumprimento dos “fins práticos, econômicos e sociais do contrato”.⁴⁴ Similar, porém mais pragmaticamente, Wald argumenta que o reequilíbrio dos contratos nesses casos realizaria a manutenção de sua função social, que é movimentar a economia.⁴⁵ Ainda, segundo Gagliano e Pamplona, a teoria seria uma aplicação direta da boa-fé objetiva.⁴⁶

Em vista de todas essas justificativas, cabe lembrar a ressalva de Martins-Costa – feita, à ocasião, especificamente em relação à boa-fé objetiva, mas que pode ser aplicada a noções como função social e justiça contratual – de que deve haver delimitações e procedimentos claros para a aplicação de todos esses institutos, sob pena de um uso inadequado e arbitrário pelos tribunais.⁴⁷

Isso é especialmente importante quando se trata de contratos empresariais e entre iguais, que são o escopo deste trabalho. Assim, segundo a mesma autora, nesse tipo de negócio deve preponderar sempre a autonomia privada, uma vez que eles são regidos por “princípios peculiares, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa”. Nesses casos, a boa-fé objetiva não deve ter aplicação direta: o princípio do equilíbrio disposto nos artigos em análise do Código Civil de 2002 deve ser aplicado imediatamente.

Essa opinião parece estar de acordo com a doutrina majoritária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O apoio da doutrina pode ser inferido tendo em vista o enunciado 25 da 1ª Jornada de Direito Empresarial:

43 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 163

44 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3, p. 118.

45 WALD, Arnoldo. Op. cit. p. 20.

46 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 310

47 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 10-11, *ibid.*, p. 606-607.

25. A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

O STJ também já se manifestou nesse sentido, afirmando que “contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças”.⁴⁸

É nessa direção que parece apontar a jurisprudência do tribunal como um todo.

Realmente, a jurisprudência infraconstitucional máxima brasileira se mostra bastante rígida para conceder a resolução por onerosidade excessiva, diferentemente do que os autores analisados no começo deste trabalho poderiam nos fazer crer: percebe-se claramente que a enorme maioria dos pleitos do tipo são indeferidos pelo Tribunal.

Desse modo, nos últimos anos o STJ decidiu: que um aumento de cerca de 40% no preço da soja em um contrato de venda futura, em razão de doença na lavoura, não era motivo para resolução – utilizando-se dos dois últimos precedentes acima⁴⁹ –, que a perda do

48 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 936.741. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 03.11.11. Data de Publicação: 08.03.12. DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. (...)

49 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 679.135. Relator: Min. Aldir Passarinho Jr. Data de Julgamento: 15.12.09. Data de Publicação: 08.02.2010.

emprego é também fato previsível e não justifica revisão de contrato de financiamento⁵⁰, que a variação cambial severa não incita resolução de contrato rural⁵¹.

Ainda, em caso igual ao primeiro listado acima, o Ministro Luís Felipe Salomão justificou o indeferimento do pleito de onerosidade excessiva argumentando que em um contrato de compra e venda futura, o vendedor se resguarda de eventuais decréscimos no preço do produto e, por isso, não deve se eximir de cumprir a obrigação quando o contrário ocorre⁵². Tal justificativa se assemelha muito com a visão de *bargain* do *Common Law*, que será analisada abaixo.

Percebe-se, mesmo assim, que a onerosidade excessiva não é aplicada com pouca rigorosidade no Brasil, diferentemente do que análises iniciais poderiam fazer crer. Essa constatação nos leva a acreditar que nosso ordenamento não seja tão radicalmente distinto do americano, por exemplo. As diferenças, porém, hão de continuar sendo várias. Basta reparar que o artigo 480 do nosso Código Civil – que trata dos contratos em razão do qual só uma das partes tem obrigações – seria impossível na *Common Law*, afinal, tais tipos de contrato não possuem *consideration*, portanto não existem.

1.2. Common Law.

Na *Common Law*, também há diferenças substanciais no modo como a onerosidade excessiva é encarada. Na verdade, a *hardship* – que talvez seja a expressão mais próxima para o conceito em análise – não é vista como um instituto jurídico, como na *Civil*

50 STJ. 4ª Turma. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.514.093. Relator: Min. Marco Buzzi. Data de Julgamento: 25.10.16. Data de Publicação: 07.11.2016.

51 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 936.741. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 03.11.2011. Data de Publicação: 08.03.2012.

52 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 945.166. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Data de Julgamento: 28.02.12. Data de Publicação: 12.03.2012.

Law, mas somente como uma situação fática estabelecida em determinada relação contratual.⁵³

Nos Estados Unidos, fala-se em *impossibility*, *frustration* e *impracticability*. Já na Inglaterra usa-se o termo *frustration*, tanto para as situações também assim denominadas no direito norte-americano, como para os casos de *impossibility*.⁵⁴ Os ingleses não reconhecem a *impracticability*.

Perillo afirma que, no que tange a *hardship*, o direito estadunidense se aproxima mais dos países de *civil law* – especificamente a Itália – do que da Inglaterra. Isso, pois esta é “completamente rígida e não permite qualquer adaptação do contrato” enquanto os demais são “muito mais flexíveis de diversas maneiras”.⁵⁵ Desse modo, faz sentido que analisemos primeiro as práticas inglesas para, em seguida, contrapô-las às americanas.

Primeiro, no entanto, cumpre ressaltar que ambos os ordenamentos partiram da concepção que vigorou por mais de um século em toda a *Common Law* de que as partes contratantes jamais poderiam se desobrigar de suas promessas, visto que ambas assumem os riscos de grandes perdas por circunstâncias inesperadas, assim como a possibilidade de grandes ganhos pela mesma razão. O *leading case* desse modo de pensar foi o *Paradine v. Jane* [1647], como explicado por Perillo:⁵⁶

This was an action by the landlord for rent. In defense, the tenant answered that he had been ousted from possession by the King's enemies, led by

53 PERILLO, Joseph. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996. p. 1.

54 Idem. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. *Contratación internacional – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*. p. 111.

55 Idem. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*. p. 8.

56 Ibidem. p. 1-2.

a foreign prince, these events occurring during a civil war. The court held that the defense was not sustainable. The court explained its ruling with the following thoughts. First, the tenant would have been entitled to the benefits of unanticipated profits if there had been any. Therefore, the tenant should bear the burdens of unanticipated losses. Second, the actions of the King's enemies might have excused an obligation imposed by law, but it would not excuse a self-imposed obligation. This is because the tenant could have guarded against the risk by contract, that is, by negotiating an excuse to the effect that ouster from possession by the King's enemies would excuse the obligation to pay rent. In short, an obligation voluntarily assumed has greater rigidity than an obligation imposed by law.

Como explicado por Timm⁵⁷ e Perillo⁵⁸, a corte inglesa reviu tal posicionamento pela primeira vez em *Taylor v. Caldwell* [1863]. O autor havia alugado um teatro do réu para promover uma série de eventos em diferentes dias no curso de um mês. Pouco antes da data do primeiro evento, entretanto, o teatro foi destruído por um incêndio. Taylor, então, processou Caldwell por quebra contratual, pleiteando que fossem compensadas ao menos as grandes quantias gastas com propagandas e preparações para os eventos. Segundo a corte (tradução nossa), “não há dúvida de que um contrato para fazer algo (...) deve ser cumprido, ainda que venha a ficar mais oneroso ou até impossível por um acidente inesperado (...) mas essa regra só pode ser aplicada quando o negócio não se sujeita a condições, explícitas ou implícitas.”

A corte decidiu, então, que a existência do teatro era um pressuposto sobre o qual as partes firmaram o contrato, sem ao menos ter contemplado a possibilidade de sua destruição. Tal existência seria, desse modo, um condição implícita para que o contrato pudesse ser

57 TIMM, Luciano Benetti. Op. cit. p. 557-558.

58 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 4.

cumprido, e sua destruição deveria eximir ambas as partes desse cumprimento. Conforme Perillo, esse caso estabeleceu o precedente de que impossibilidade ou “dificuldades que beiram a impossibilidade” podem ensejar a liberação das partes do contrato.⁵⁹

No caso acima, o cumprimento do contrato havia se tornado realmente impossível. Alguns anos depois, contudo, um novo caso levou a corte a decidir que um evento que não impossibilite a prestação, mas torne-a absolutamente inútil a quem deveria recebê-la, também pode levar à desobrigação do contrato.⁶⁰ Tal precedente foi lançado pelo mais célebre dos *Coronation Cases*, *Krell v. Henry* [1904].

O impasse aconteceu no contexto da coroação do rei Edward VII, que aconteceria na Catedral de Westminster e em seguida promoveria uma procissão pelas ruas de Londres. Krell, que tinha um *flat* na cidade, colocou-o para alugar durante os dois dias – e não as noites – em que a procissão ocorreria. Henry alugou-o por £75, pagando £25 como “sinal” e deixando o resto para depois do uso. Entretanto, o rei ficou doente alguns dias antes, e a coroação foi adiada. Henry não pagou o resto do aluguel, e Krell o processou por isso.

A corte entendeu que o motivo do contrato era unicamente proporcionar um bom lugar para assistir à coroação, cujo acontecimento era pressuposto básico do negócio. Eisenberg ilustra tal entendimento com o voto do *Lord Vaughan Williams*, que afirmou (tradução nossa) não poder ser “razoavelmente suposto que as partes, ao firmarem o contrato, contemplaram a possibilidade de que a coroação não aconteceria nos dias previstos”. Desse modo, o cumprimento do acordo não era impossível, Henry ainda poderia utilizar o apartamento de Krell nos dias combinados, mas a proposta do negócio, sua razão de ser, havia sido destruída, e o contrato não tinha mais sentido. Assim desenvolveu-se a doutrina da *frustration of purpose*.⁶¹

59 Ibidem. p. 6

60 Ibidem. p. 7.

61 EISENBERG, Melvin A. Impossibility, impracticability and frustration. *Journal of Legal Analysis*, Oxford, v. 1, nº 1, 2009. p. 211.

1.2.1. Inglaterra.

Explicados os casos mais importantes, passemos à *Common Law* da Inglaterra. Como já dito, os ingleses somente reconhecem o conceito de *frustration of purpose*, que engloba a *impossibility*, e não contemplam a *impracticability*. Segundo McKendrick “um contrato é frustrado quando, após firmado, eventos ocorrem que fazem com que seu cumprimento se torne impossível, ilegal ou algo radicalmente distinto do que fora inicialmente contemplado pelas partes”⁶². Foi isso que aconteceu em *Krell v. Henry* e, por exemplo, *Hirji Mulji v. Cbeong Yue Steamship Co* [1926]⁶³.

McKendrick prossegue afirmando que essa doutrina é aplicada muito raramente e com muita relutância pelas cortes inglesas por dois motivos: elas não querem eximir as partes das consequências de um mau negócio e acreditam que as próprias partes devem se proteger contra a ocorrência de eventos inesperados.

O *leading case* que ilustra essa primeira razão é *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* [1956]. Nesse caso, o autor havia concordado em construir 78 casas para o réu, em 8 meses, por £94.000, mas, devido à falta de mão-de-obra, o serviço acabou levando 22 meses e custando £115.000. A corte negou o pleito de *frustration* feito pelo autor, e Lord Radcliffe proferiu um voto que definiu a doutrina de *frustration* e é largamente usado pelos tribunais. Como citado por McKendrick, para se falar em *frustration* “deve haver tamanha mudança no significado da obrigação que faça com que,

62 MCKENDRICK, Ewan. Op. cit. p. 254 (tradução nossa).

63 Nesse caso, a ré havia se comprometido a entregar o navio *The Singaporean* à autora em Cingapura, em 01/03/1917. Pouco tempos antes, porém, o rei da Inglaterra determinou que o navio fosse cedido ao governo durante certo período de tempo. A ré notificou a autora, que concordou em adiar o contrato. O navio só foi liberado, contudo, no final de fevereiro, e a ré notificou a autora em 02/03/1919, ao que esta se recusou. A corte decidiu que, pelo atraso de dois anos, o contrato havia sido frustrado, afinal, alugar um navio em março de 1917 é radicalmente distinto de alugar um navio em março de 1919.

se cumprida, seja algo completamente diferente do que havia sido contratado”.⁶⁴

Especialmente, os maus negócios não serão protegidos para garantir a certeza de que os bons negócios beneficiarão aqueles que os fizerem, como em *Edwinton Commercial Corp, Global Tradeways Limited v. Tsaviris Russ Ltd (The Sea Angel)* [2006].⁶⁵

A segunda razão, conforme McKendrick, deriva da extrema liberdade que as partes têm para formular seus contratos como bem quiserem, sem interferência governamental, na Inglaterra. Assim, caso não construam seus negócios de modo a preverem hipóteses que alterem as circunstâncias básicas, sem incluir cláusulas como as de *force majeure* ou *hardship*, as cortes não se verão na posição de interferirem no que foi pelos próprios contratantes decidido.⁶⁶

As cortes inglesas raramente reconhecem a *frustration of purpose*: para que ela ocorra, é necessária uma mudança radical na própria identidade do contrato, não uma mera maior onerosidade, dificuldade ou até uma mudança não tão significativa em seu objeto. Assim, *Krell v. Henry* é muito mais normalmente usado para ser distinguido do caso em análise do que para embasar a *frustration*, como em *Amalgamated Investment and Property Co v. John Walker and Sons Ltd.* [1977]⁶⁷.

64 MCKENDRICK, Ewan. Op cit. p. 255.

65 O navio *The Sea Angel* havia sido contratado por 20 dias para atuar na limpeza do óleo que vazou no mar devido a um acidente envolvendo outro navio maior. Realizando essa tarefa, o *Sea Angel* acabou ficando preso por 4 meses no porto de Karachi, Paquistão, por exigências da administração portuária que posteriormente foram consideradas ilegais. A corte decidiu que esse tipo de acontecimento não era incomum em empreendimentos marítimos, ainda que naquele caso específico não pudesse ser previsto, e os donos do navio preso deveriam arcar com os custos adicionais.

66 MCKENDRICK, Ewan. Op. cit. p. 256-257.

67 Ibidem. p. 259. John Walker vendeu um prédio até então usado para confeccionar uísque à Amalgamated Investment. Esta, durante as negociações, havia perguntado se a propriedade fora tombada pelo governo. À época, de fato não era, e o réu a informou disso. Cerca de um

Interessantemente, essa formulação inglesa lembra por vezes a teoria do *Störung der Geschäftsgrundlage*, ainda que esta seja provavelmente a doutrina menos rigorosa analisada neste trabalho, e aquela, a mais rigorosa. Ambas, no entanto, atentam-se à identidade do contrato, citada tanto por Reiter, como por McKendrick: o contrato cuja identidade é destruída não deve obrigar as partes à sua execução. De igual forma, ambas não dão papel central à imprevisibilidade e extraordinariedade do evento, mas focam-se nos seus efeitos sobre a relação fática.

Acreditamos que, se *Krell v. Henry* acontecesse na Alemanha, a corte teria aplicado ali o artigo 313 do BGB em vista da destruição da base contratual que era a ocorrência da coroação. Deve-se, entretanto, respeitar a diferença de grau entre os institutos: é provável que, em *The Sea Angel* e *Amalgamated Investments*, as cortes alemãs também concedessem a revisão ou resolução dos contratos. Isso porque, em que pesem as semelhanças, a teoria alemã continua sendo bem menos rígida que a inglesa, além de considerar elementos como justiça contratual e adequação dos sinalagmas, cuja apreciação é expressamente vetada na Inglaterra.

1.2.2. Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, *frustration* é normalmente usada para casos em que o credor (*buyer, promisee*) tem sua proposta ao firmar o contrato frustrada, ao passo em que, quando é o vendedor (*seller, promisor*), fala-se em *impossibility* ou *impracticability*.⁶⁸ Este último é que o mais se parece com a onerosidade excessiva do *Civil Law*.⁶⁹

mês antes de o contrato ser assinado, contudo, a propriedade foi tombada, mas nenhuma das partes se ateu a isso, e o negócio teve seguimento. Após a compra, o autor pleiteou *frustration*, que foi negada pela corte, uma vez que o tombamento havia sido contemplado pelas partes, tanto que o autor efetivamente inquiriu acerca dele. Desse modo, tal acontecimento não ensejaria *frustration*.

68 EISENBERG, Melvin A. Op.cit. p. 210-211.

69 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 10-11. TIMM, Luciano Benetti. Op. cit. p. 557-558.

A *impracticability* foi positivada pela primeira vez no *Restatement (second) of Contracts*, em seus artigos 261 e 266, parágrafo 1º:

§ 261. Discharge by Supervening Impracticability
Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

§ 266. Existing Impracticability or Frustration
(1) Where, at the time a contract is made, a party's performance under it is impracticable without his fault because of a fact of which he has no reason to know and the non-existence of which is a basic assumption on which the contract is made, no duty to render that performance arises, unless the language or circumstances indicate the contrary.

Além disso, foi prevista no Uniform Commercial Code, UCC, em seu artigo 615, parágrafo 2º:

§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.
Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:
(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

De acordo com Fucci, um dos *leading cases* do art. 2-615 foi *Maple Farms Inc. v. City of District of Elmira* [1974], em Nova Iorque.⁷⁰

70 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 6-7.

Nesse caso, a autora havia concordado em fornecer leite ao sistema escolar de Elmira, Nova Iorque, mas, devido a diversos fatores, seu preço acabou subindo 23%. A corte decidiu que tal aumento não justificaria uma declaração de *impracticability* e estabeleceu três condições para seu reconhecimento (tradução nossa): a ocorrência de algo inesperado – “*a contingency*” –, a não alocação do risco de tal acontecimento pelas partes por meio de acordo ou costume e a transformação do negócio em algo comercialmente impraticável em razão do acontecimento.

Eisenberg considera que, para que seja conferido *judicial relief* às partes, deve ocorrer ao menos uma das seguintes hipóteses: as partes compartilhavam de uma incorreta pressuposição tácita de que algo não aconteceria ou continuaria da mesma forma durante a vida do contrato, ou um acontecimento superveniente e inesperado aumenta os custos do negócio de modo a levar uma das partes a perdas que não compunham razoavelmente os riscos assumidos por ela ao adentrá-lo.⁷¹

Explica Eisenberg que, nesse primeiro caso, as partes nem mesmo consideram a possibilidade de certo evento ocorrer. Citando seu trabalho com Lon Fuller, afirma que elas assumem inconscientemente certas circunstâncias, como “um professor que, lendo um livro, sai de seu escritório assumindo que o chão continuará a existir depois da porta para recebê-lo”. A ocorrência de tal evento faz com que se deparem com algo similar a um erro de fato. Caso elas soubessem que o evento aconteceria, teriam feito o contrato de modo diferente. Assim, deve-se considerar a existência de cláusulas implícitas segundo as quais algumas condições tácitas devem continuar existindo para que o contrato possa ser executado.⁷²

Ainda assim, não se deve atribuir muita leniência a essa concepção – que parece ser bem mais rígida que a *Störung der Geschäfts-*

71 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 209.

72 Ibidem. p. 211

grundlage –, uma vez que diversas situações que provavelmente renderiam revisões por onerosidade excessiva em *Civil Law* não tiveram o mesmo efeito sob a doutrina da *impracticability*.

Segundo Fucci, crises econômicas, variações cambiais severas, conflitos armados entre países com história de hostilidades, entre outros não costumam justificar o *relief*.⁷³ Similarmente, afirma Perillo que nem mesmo a inflação causada pela Guerra do Vietnam ou a convulsão do mercado petrolífero na Crise do Suez foram aceitas como desculpas.⁷⁴

Eisenberg explica que tais previsões tácitas, então, devem ser interpretadas de maneira bastante restritiva, levando diversos fatores do contrato em consideração. Em primeiro lugar, as partes não podem nem mesmo ter considerado o evento superveniente como algo extremamente improvável, pois, nesse caso, teriam contemplado sua possibilidade, ainda que pequena. Ou seja, o evento não deve ter ao menos passado pela cabeça das partes. Caso elas tenham feito alguma referência a ele ou de algum modo o previsto, não serão escusadas do contrato por sua ocorrência.⁷⁵

Continua o autor, esclarecendo que essas pressuposições não precisam ser “objetivamente” corretas, mas as partes devem tê-las assim considerado. Em *Krell v. Henry*, uma eventual doença do rei que causasse o adiamento da coroação não era tão improvável, mas as partes fizeram o contrato pressupondo tacitamente que isso não aconteceria.

Ainda outro quesito, de acordo com Eisenberg, é o período pelo qual o contrato se estende. Isso é especialmente relevante na comparação com a *Civil Law*, que normalmente só compreende a

73 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 18.

74 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 11.

75 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 215-216.

onerosidade excessiva em contratos de trato diferido ou continuado, ou seja, somente em contratos que se estendem razoavelmente pelo tempo. Conforme o autor, quanto mais longo o período do contrato, mais previsível se torna qualquer acontecimento, afinal, probabilisticamente tudo pode acontecer, dado tempo o bastante. Se *Taylor v. Caldwell*, por exemplo, fosse um aluguel de 20 anos, a destruição do teatro por um motivo qualquer provavelmente não seria um acontecimento imprevisível.

Para medir a probabilidade de que uma ou ambas as partes tenham previsto o evento, deve-se levar em conta sua sofisticação – empresas normalmente preveem mais possibilidades que particulares, por exemplo – quanto mais sofisticadas, mais provável que tenham previsto a possibilidade do evento inesperado.⁷⁶

O segundo quesito que pode ensejar o *judicial relief* – acontecimento superveniente e inesperado que aumente os custos de negócio de modo a levar uma das partes a perdas que não compunham razoavelmente os riscos assumidos por ela ao adentrá-lo – levanta a questão de qual é a diferença de valor que cria *impracticability*.

Fucci discute esse tópico com os casos *Ocean Tramp Tankers v. V/O Sorfracht (The Eugenia)* [1964]⁷⁷ e *Publicker Industries v. Union Carbide Corp.*⁷⁸ No primeiro, *Lord Denning* afirmou que o aumento

76 *Ibidem*. p. 216-217.

77 O navio *The Eugenia* deveria transportar uma carga de aço e ferro de Odessa até a Índia. Devido à Crise do Suez, o navio foi obrigado a tomar o caminho muito mais longo de contornar toda a costa da África até chegar ao seu destino. A corte julgou que o fechamento do Suez era previsível, uma vez que os atritos na região já aconteciam a tempos.

78 Em 1972, Carbide tinha firmado um contrato para fornecer etanol a Publicker. Dentre as cláusulas, havia uma que determinava um teto do que Carbide poderia cobrar pelo produto. Em 1973, porém começou a Guerra do Yom Kippur, que levou ao embargo do petróleo pelos países do Oriente Médio. Isso fez com que os preços em que a autora tinha que incorrer para produzir etanol crescessem cerca de 100%. Mesmo assim, a corte considerou que não poderia haver declaração de *impracticability*, visto que a cláusula de teto fazia com que a *promisor* arcasse com aumentos acima dos estipulados no preço, e a guerra no Oriente Médio não era um evento completamente imprevisível.

de preço deve ser “mais que simplesmente mais oneroso, deve ser verdadeiramente injusto que se obriguem as partes a cumprirem o contrato”. No segundo, *Judge* Weiner afirmou que “não se tem conhecimento de nenhum caso em que um aumento nos preços de menos de 100% tenha justificado *impracticability*”.⁷⁹

Eisenberg utiliza o caso *Vernon v. Los Angeles* [1955]⁸⁰, em que a corte afirmou ser “um contrato impraticável quando ele só pode ser cumprido a um preço excessivo e irrazoável”, e *Mishara Construction Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp* [1974]⁸¹. Neste, a Suprema Corte de Massachusetts afirmou que “certos riscos são tão inusuais e têm consequências tão severas, que devem estar além daqueles que compunham o escopo dos riscos inerentemente assinalados ao contrato, isto é, além do que foi acordado entre as partes. Forçar o cumprimen-

79 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 7.

80 A cidade de Vernon havia firmado com um contrato com Los Angeles para que dispusesse de seus resíduos líquidos pelo sistema de tratamento de esgoto desta. Devido a irregularidades no tratamento, contudo, foi determinado em *People v. City of Los Angeles* [1948], que todo o sistema fosse reformado, praticamente reconstruído. A *promisee* então cobrou que, para continuar utilizando o combinado no contrato prévio, Vernon pagasse os custos bem maiores advindos dos novos complexos de tratamento. Contra essa decisão, a autora pleiteou a execução específica do contrato. A corte decidiu que tal situação realmente se tratava de um caso de *impracticability*, visto que a determinação para que Los Angeles reformasse todo seu sistema de tratamento de esgoto houvera sido completamente imprevisível e causara custos que tornavam o contrato com Vernon irrazoável.

81 E Mishara havia firmado contrato com Transit-Mixed para que esta lhe fornecesse cimento durante a execução de uma obra a ser realizada por aquela. Devido a problemas trabalhistas que culminaram em um série de greves e piquetes, no entanto, Transit passou por grandes dificuldades e deixou de adimplir o contrato por 2 anos. Face a isso, Mishara adquiriu o cimento com terceiros e foi a juízo pleitear que a *promisor* pagasse seus gastos com tais compras. A ré alegou que os problemas trabalhistas ocasionaram dificuldades que levaram a *impracticability* do negócio. A corte – ressalvando que casos de greves e piquetes devem ser observados na situação concreta, uma vez que há ramos em que tais problemas são muito comuns e situações específicas em que são claramente iminentes – julgou que, nesse caso, Transit realmente não poderia ser responsabilizada pela inexecução do contrato. Este foi o primeiro caso em que a Suprema Corte de Massachusetts analisou o art. 2-615 do UCC. A leitura é recomendada: a análise da corte é profunda e permite compreender com clareza o modo como a *impracticability* é aplicada.

to, nesses casos, seria proporcionar a uma parte uma vantagem pela qual ela não pode ter barganhado nas negociações.”⁸²

Para o autor, o exemplo perfeito de um caso de *impracticability* é *Moyer v. Little Falls* [1986]⁸³, em que Moyer teria que realizar um contrato 666% mais caro que o inicialmente pactuado. Nele, a corte decidiu que tal aumento no preço não poderia ter sido de qualquer modo pretendido ou contemplado pelas partes.

Ainda, vários autores, como Perillo, defendem que a *impracticability* só pode ser reconhecida quando a forma como a obrigação deve ser executada é mudada. Para sustentar essa opinião, o professor cita *Northern Corp. v. Chugach Electric Assoc* [1974]⁸⁴.

Como explica Eisenberg, as cortes tendem a conceder *impracticability* quando a execução do contrato faria com que uma das partes tivesse grandes lucros inesperados e *unbargained for* (*windfall gains*), enquanto a outra tivesse grandes perdas que excedessem o próprio valor do contrato e a deixassem efetivamente mais pobre do que antes (*out-of-pocket losses*, ou simplesmente *pocket losses*).⁸⁵

82 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 242-243.

83 Moyer foi vencedor de um espécie de “licitação” para processar o lixo da cidade de Little Falls e levá-lo até o aterro sanitário Rose Valley, que cobraria \$1,50 por jarda cúbica de resíduos. Por irregularidades, esse aterro foi fechado, e o único disponível para o autor passou a ser o aterro Mohawk, cujo preço subiu, em um ano, de \$2,50 por jarda cúbica para \$10,00. A corte considerou que esse aumento de 666% tornava o contrato impraticável e liberou Moyer de sua execução.

84 PERILLO, Joseph. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996. Northern Corp. firmou contrato com Chugach Electric para realizar reparos na represa de uma usina hidrelétrica desta no Alaska. Após o início da execução, percebeu-se que as pedras apontadas pela ré para as obras não eram adequadas, e foi necessário buscá-las em um outro local. Para levar as pedras adequadas até à represa, porém, era necessário atravessar um rio congelado pelo qual, a princípio, seria possível passarem as máquinas e caminhões. Entretanto, após algumas tentativas, que resultaram na perda de algumas máquinas e morte de dois caminhoneiros que caíram no rio após a quebra do gelo, a autora pleiteou liberação do contrato por *impracticability*. A corte concedeu tal liberação com base no art. 2-615 do UCC.

85 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 209-210.

Com tudo isso, percebe-se que, ainda que o direito americano contenha de fato uma doutrina similar à da onerosidade excessiva, ela é aplicada com muito mais rigorosidade do que na maioria dos países de *Civil Law*. Isso pode ser claramente aferido comparando-se as exigências de aumentos de mais 100% nos custos da execução do contrato pela cortes americanas com os casos, como os italianos citados por Perillo, em que um aumento de 14% já foi considerado suficiente para revisão contratual.⁸⁶

Ainda assim, vale reparar que, ao passo em que os doutrinadores brasileiros buscaram justificar a resolução contratual com padrões mais objetivos e, até mesmo, mais pragmáticos – como função social e econômica, alegando que o contrato deve movimentar a economia e incentivar o mercado –, os americanos, mais de uma vez, justificaram a *impracticability* com termos mais vagos e idealistas, como justiça e *fairness*.

Isso não quer dizer que o direito estadunidense tornou-se mais patriarcal que o nosso, mas é uma mostra de que a separação feita por alguns autores analisados no começo deste trabalho segundo a qual a *Civil Law* se pautaria em padrões mais abstratos, e a *Common Law*, em ideais mais econômicos e mercadológicos, pode não representar mais a complexidade de ambos os sistemas nos dias de hoje.

Dessa análise, parece que a maioria dos casos analisados até aqui no Brasil e nos EUA teriam, provavelmente, consequências similares, ainda que por motivos diferentes. É extremamente provável que nenhum dos recursos especiais comentados acima teriam seus pleitos de onerosidade excessiva providos em cortes americanas. Igualmente, dificilmente se poderia imaginar que os casos em que estas concederam *impracticability* poderiam ter outro resultado no Brasil.

86 PERILLO, Joseph. Op. cit. p. 12.

Desse modo, não soa irrazoável argumentar que, a partir de uma visão sistemática, o artigo 478 do Código Civil Brasileiro encontra um instituto similar na noção de *impracticability* americana. O mesmo não parece poder ser dito do artigo 317: sua supressão da extraordinariedade do fato causador de desequilíbrio e, especialmente, sua determinação de que a corte corrija o contrato nos aparenta irem de encontro aos ideais do *Common Law*.

1.3. Princípios do unidroit.

Os princípios do Unidroit se assemelham muito à *Civil Law*, ao menos no que tange às suas formulações acerca de onerosidade excessiva. De modo similar ao direito italiano, brasileiro e francês, deixa muito claro que a regra geral é o cumprimento do contratos, ainda que mais oneroso a uma das partes (art. 6.1.1). Utilizando-se também de conceitos bem definidos de *good faith* e *fair dealing* (art. 1.7) e deveres de cooperação entre as partes (art. 5.1.3), o Unidroit lida com o objeto deste trabalho no art. 6.2.2:

ARTICLE 6.2.2 (Definition of hardship) There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

A melhor fonte para compreender os casos de *hardship* do

Unidroit são os comentários oficiais feitos a ele.⁸⁷ De acordo com os exemplos trazidos por eles, uma guerra entre países historicamente hostis não ensejaria onerosidade excessiva, ao passo em que um evento como a queda do Muro de Berlim ou uma queda brusca e inesperada de 80% no valor de uma moeda sim. Como ressalta Perillo, o primeiro comentário oficial traz um excerto – que foi excluído dos demais, mas parece continuar válido – que afirma ser um aumento de cerca de 50% no valor das prestações suficiente para a declaração de *hardship*.⁸⁸

Assim como o BGB, o Unidroit ressalta que a parte prejudicada não pode ter assumido o risco do evento inesperado acontecer. Como ilustração, os comentários citam o caso em que uma companhia de seguro cobra uma taxa extra dos clientes cujos contratos estão sujeitos a riscos de guerra civil ou insurreições. Caso tal risco se concretize, e a seguradora venha a ser profundamente onerada pelo negócio, não poderá pleitear declaração de onerosidade excessiva.

2. As consequências da onerosidade excessiva.

Uma vez que analisamos como e por que a onerosidade excessiva é reconhecida nos diferentes sistemas, cumpre questionarmos quais são as possíveis consequências desse reconhecimento.

De acordo com Vincenzo Roppo, na *Civil Law* pode-se falar em tutela de vínculo e tutela de ressarcimento. Esta visa a restaurar às partes suas situações como eram antes do contrato inadimplido, enquanto aquela visa a assegurar que o combinado seja de fato executado.

Roppo afirma que os sistemas de romano-germânicos tendem a privilegiar a manutenção do vínculo, ou seja, a execução do contra-

87 Idem. *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación internacional* – Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit. p. 116.

88 Idem. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*. p. 12.

to como especificado – sendo possível, até mesmo, medidas como execução específica das obrigações contratuais. De outro lado, a *Common Law* dá mais relevância à alocação eficiente de recursos, ainda que o contrato não se cumpra como estipulado, cuja representação máxima é o conceito de *efficient breach* advindo da *law and economics*.⁸⁹

Assim, a solução preferida pela *Civil Law* para contratos inadimplidos costuma ser a execução específica do contrato sempre que possível, ao passo em que, na *Common Law*, normalmente resolve-se o negócio com perdas e danos. Raras exceções são algumas dívidas de bens infungíveis e de direitos reais.⁹⁰

Faz sentido, então, que nos países de *Common Law*, a onerosidade excessiva seja razão somente para a resolução do contrato e pagamento de perdas e danos entre as partes. Essa mesma medida é adotada, de modo geral, nos países de *Civil Law* que adotam a teoria da Onerosidade Excessiva, especificamente Brasil e Itália. Aqueles que seguem a teoria do *Störung der Geschäftsgrundlage*, porém, – e, no escopo deste trabalho, a França – geralmente reconhecem a possibilidade do reequilíbrio do contrato ser determinado pelas próprias cortes.

Lembremos do art. 313 do BGB. Ali, está expresso que, em face do *Störung*, pode qualquer parte exigir a adaptação do contrato às novas circunstâncias. De modo similar, o artigo 437 do Código Civil Português determina que a parte lesada – e não qualquer uma – pode requerer tanto a resolução, como a adaptação do contrato.

Reiter explica que, nesses casos, a corte deve buscar alcançar o resultado mais parecido possível com o inicialmente pretendido pelas partes, a partir das novas circunstâncias, e proporcionar a ambas maior satisfação de seus interesses. Para isso, deve visar à manutenção do “sentido concreto do contrato” e ao respeito ao princípio jurí-

89 ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto Del Duemila*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 21; *Ibid.* p. 30-31.

90 TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.* p. 565.

dico da justiça contratual, mantendo o negócio equilibrado como inicialmente fora pactuado, dentro do possível.⁹¹

O Unidroit toma medida semelhante, estabelecendo no seu art. 6.2.3 que, em caso de *hardship*, a parte onerada tem o direito de exigir renegociação do contrato, em razão de cuja falha pode solicitar ao tribunal a resolução ou adaptação do negócio. Diferentemente dos ordenamentos anteriores, o artigo ressalva, contudo, que a execução do contrato não deve ser suspensa pelo pleito de *hardship*, mas somente após sua aceitação pela corte. Ainda, segundo os comentários oficiais aos princípios, as partes devem buscar a renegociação de acordo com os princípios de boa-fé e *fair dealing*, visando ao mútuo benefício e resolução do problema, e não “movimentos táticos para o próprio favorecimento”.

No ordenamento inglês, é evidente que tal adaptação não poderia acontecer, visto que a *frustration* só é reconhecida quando o adimplemento do contrato se torna impossível ou completamente sem sentido ou serventia. Nos Estados Unidos, mesmo com o reconhecimento da *impracticability*, só há notícia de um caso em que a corte realizou a revisão do contrato para as partes. Tal decisão foi proferida em *Alcoa v. Essex Group*[1980]⁹² e é extremamente criticada pela doutrina e jurisprudência em geral.⁹³

91 REITER, Christian. Op. cit. p. 138.

92 Alcoa firmou contrato com Essex Group para fornecê-lo alumínio durante cerca de 25 anos. Para limitar os riscos de flutuações de preços, as partes incluíram no contrato um complexo sistema de indexação com base no WPI (*wholesome price index*). Durante a execução do contrato, inadequações com o mecanismo de indexação relacionadas ao WPI levaram o contrato a ficar mais de 500% mais caro para a Alcoa do que o pactuado. A corte decidiu que a existência de uma diligente e complexa cláusula de indexação demonstrava claramente que a intenção das partes era limitar seus riscos e ganhos àquela margem, e que a inadequação da taxa de indexação assemelhava-se a um erro de fato, completamente extraordinário e imprevisível. Além disso, a corte, pela primeira e última vez até hoje, decidiu que era melhor tomar atitudes para manter o contrato vivo – visto que ainda havia cerca de 8 anos durante os quais ele devia vigir – do que encerrá-lo com base nesse erro. Assim, decidiu-se que os preços deveriam ser reequilibrados para o teto estipulado pela cláusula de indexação.

93 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 8.

Assim, a regra da *Common Law* é a resolução do contrato com perdas e danos, tanto para *impossibility*, quanto para *frustration* e *impracticability*. Nesse sistema, diz-se que esse é um “remédio” chamado *damages*.

Como explica McKendrick, há três tipos de *damages*, que protegem diferentes interesses maculados pelo inadimplemento contratual. Os *expectation damages* são aqueles que têm por objetivo proporcionar ao *promisee* a satisfação das suas expectativas em relação ao benefício do qual desfrutaria se o contrato houvesse sido cumprido. Os *reliance damages* visam a compensar a parte que, em razão da crença no futuro adimplemento, incorreu em custos relacionados ao contrato. Por fim, os *restitution damages* têm como meta restituir a parte que, em razão do contrato, tenha pagado de alguma forma à outra, diretamente.⁹⁴

De acordo com Eisenberg, nos Estados Unidos, em casos de *frustration* e *impossibility*, é evidente que as partes devem pagar eventuais *restitution damages*, uma vez que, do contrário, uma das partes enriqueceria de maneira completamente indevida. De igual modo, é claro que não são devidos *expectation damages*, afinal, as partes não têm culpa pelo inadimplemento. Para o autor, o problema está em identificar quando são devidos *reliance damages*.⁹⁵

Na Inglaterra, tem-se mais clareza nesse assunto: o *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* determinou que devem-se pagar *reliance damages* – além dos *restitutions damages*, que sempre devem ser pagos – toda vez em que os gastos de uma parte tiverem de alguma maneira beneficiado a outra.⁹⁶

Essa solução é similar à da Itália e do Brasil, que adotam solu-

94 MCKENDRICK, Ewan. Op. cit. p. 341-342.

95 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 232.

96 PERILLO, Joseph. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996.

ções iguais para os casos de onerosidade excessiva. Em ambos, a parte prejudicada pode pleitear a resolução do contrato. Em face dessa demanda, pode a outra parte oferecer uma renegociação, mas esta não pode ser imposta sobre ela.⁹⁷ Tal solução está expressamente prevista nos códigos de ambos os países, e não há como se criar muita controvérsia em torno dela.

A solução adotada pelos Estados Unidos para os casos de *impracticability* é mostra da maior rigidez do país na manutenção dos contratos. Segundo Eisenberg, o *promisor* deve indenizar a outra parte por *expectation damages*, adimplindo o que teria sido devido nos termos do contrato – inclusive dentro de uma margem de lucro razoável do *promisee* –, caso não tivessem ocorrido as mudanças imprevisíveis e extraordinárias.⁹⁸

É claro que eventual cláusula de *hardship*, pela qual as partes se comprometem a renegociar o contrato em termos nele acordados, obriga as partes a tal renegociação em qualquer dos ordenamentos aqui analisados.⁹⁹ Segundo Martins-Costa, a renegociação deve, inclusive, ser feita de boa-fé, e a parte que agir contrariamente a ela pode ser condenada a indenizar a outra pelos danos que causar.¹⁰⁰

Conclusão.

Há várias diferenças no conceito de contrato utilizado pela *Common* e *Civil Law* que redundam na divergência do tratamento de situações mais fáticas, como a onerosidade excessiva nos negócios.

97 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 164; ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 263.

98 EISENBERG, Melvin A. Op. cit. p. 245.

99 FUCCI, Frederick. Op. cit. p. 10-11.

100 MARTINS-COSTA, Judith. A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar em Contrato de Longa Duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 25, nº 10, 2010. p. 17-18.

Vários autores sustentam que o sistema anglo-americano privilegia uma lógica econômica e de mercado, dando pouca ou nenhuma atenção à justiça e adequação do equilíbrio do contrato, ao passo em que o sistema romano-germânico dá ênfase a estes conceitos, ao lado de outros, como boa-fé e função social dos contratos. Entretanto, a análise feita neste trabalho nos leva a crer que tais diferenças não são tão nitidamente marcadas.

A onerosidade excessiva na *Civil Law* voltou à tona depois da Segunda Guerra Mundial, adaptando-se a cláusula romana *rebus sic stantibus*. Para se reequilibrarem os contratos na Europa pós-guerra, foram formuladas as teorias do *Wegfall* ou *Störung der Geschäftsgrundlage* na Alemanha, da Imprevisão na França e da Onerosidade Excessiva na Itália. O Brasil adotou concepção similar à italiana. O Unidroit, à francesa.

A *Common Law* construiu, por meio de uma jurisprudência que vem sendo desenvolvida desde o século XVIII, formas específicas de lidar com a onerosidade excessiva. Nos Estados Unidos, fala-se em *impossibility*, *frustration* e *impracticability*. Já na Inglaterra usa-se o termo *frustration*, tanto para as situações também assim denominadas no direito norte-americano, como para os casos de *impossibility*.

O sistema inglês parece ser o mais rígido, visto que seu grande foco no poder da autonomia das partes para decidirem seus negócios sem praticamente nenhuma interferência estatal. Enquanto isso, o alemão aparenta ser o mais propenso à adaptação do contrato, dando maior relevância a elementos como justiça contratual. Ainda assim, pode-se comparar a *frustration* inglesa com o *Störung der Geschäftsgrundlage* germânico na medida em que, para ambos, o contrato cuja identidade é destruída não deve obrigar as partes à sua execução. De igual forma, nenhum dá papel central à imprevisibilidade e extraordinariedade do evento, focando-se os dois nos seus efeitos sobre a relação fática.

O direito estadunidense, com seu conceito de *impracticability*, vem incorporando questões acerca de justiça e equilíbrio negocial,

enquanto, ao mesmo tempo, o brasileiro vira-se também a aspectos mais técnicos e econômicos dos contratos, principalmente quando não há desequilíbrio entre o poder de barganha das partes. Assim, tal conceito norte-americano parece vir sendo aplicado de modo similar ao artigo 478 do Código Civil Brasileiro, uma vez que ambos dão direito à resolução do contrato quando fatos supervenientes extraordinários e imprevisíveis desequilibram profundamente a relação. O artigo 317, porém, parece não ser similar aos dispositivos da *Common Law*.

Entretanto, do que se estudou neste trabalho, conclui-se que, em que pesem as semelhanças, a *Common Law* ainda parece ser mais resistente para garantir a resolução por onerosidade excessiva: a Inglaterra não a reconhece quase nunca, e os Estados Unidos não a reconheceram até mesmo em casos de guerras, revoluções ou apreensões ilícitas de navios por funcionários corruptos.

As consequências do reconhecimento da onerosidade excessiva também divergem muito. Na Alemanha, França, Portugal e conforme o Unidroit, as cortes podem determinar o reequilíbrio do contrato de acordo com o que considerarem justo. No Brasil e na Itália, assim como nos países de *Common Law*, a solução é normalmente a resolução contrato, com restituição da situação anterior e eventual perdas e danos. Diferentemente dos outros três, o direito estadunidense prevê que o devedor pague ao credor o que seria pago caso o contrato não tivesse se tornado impraticável, levando em conta uma margem de lucro razoável.