



O PARADOXO NOS PRINCÍPIOS *PACTA SUNT SERVANDA E REBUS SIC STANTIBUS* EM CONTRATOS DE NATUREZA EMPRESARIAL

Leonel Cezar Rodrigues¹
Rodolpho Luiz Maderic Richardo²
Marcio Dubois³

Resumo

Por muito tempo, no Codex dos países adotantes do sistema positivista de normas e mais especificamente no Brasil, o princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*) tem determinado o formato da resolução dos contratos inadimplidos: o devedor tem que pagar suas obrigações ou arcar com o ônus do inadimplemento. Nos últimos cem anos, no entanto, cresceu sobremaneira o senso dos direitos individuais (físicos e corporativos), levando maior racionalidade às resoluções contratuais em contextos alterados, econômica ou socialmente. Por seu princípio obrigacional (*pacta sunt servanda*) a lei está para ser cumprida, mas por seu princípio funcional em direção à acomodação dos interesses coletivos, sua flexibilização, mesmo que em contextos alterados, cria um paradoxo conceitual. O efeito compulsivo da obrigação para execução dos contratos é o elemento que impõe uma aparente contradição na lógica da lei, diante do instrumento flexibilizador (*rebus sic stantibus*) acomodante dos interesses. O fundamento resolutivo, porém, encontra-se na aproximação de suas polaridades de forma a que tais princípios passem a complementar-se. Assim, o princípio flexibilizador da lei não constitui apenas uma exceção ao primeiro, mas é muito mais que isso. Esse ensaio tem por objetivo demonstrar o paradoxo conceitual e sua justificação pela complementariedade entre os dois princípios: obrigacional e flexibilizador. Para tanto, valemo-nos aqui da dialética argumentativa, com base na literatura especializada, possibilitando demonstrar que a resolução dos contratos, quando em condições adversas, requer equilíbrio na aplicação objetiva dos dois princípios.

Palavras Chaves: Força obrigatória. Imprevisibilidade. Contratos. Contratos empresariais.

Recebido: 13/03/2020

Aprovado: 17/06/2020

Double Blind Review Process

DOI: <https://doi.org/10.21902/rctjsc.v8i1.347>

¹ PhD em Administração pela Vanderbilt University, TN (USA). Professor pela Universidade de Araraquara – UNIARA, São Paulo, (Brasil). E-mail: leonelcz@gmail.com Orcid id: <https://orcid.org/0000-0001-5966-1063>

² Mestre em Direito na Área de Concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, (Brasil). E-mail: leonelcz@gmail.com

³ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, (Brasil). E-mail: mdubois325@gmail.com

THE PARADOX IN THE PACTA SUNT SERVANDA AND REBUS SIC STANTIBUS PRINCIPLES IN BUSINESS CONTRACTS

Abstract

For many years, the Codex in countries, more specifically in Brazil, the enforcing principle (pacta sunt servanda or agreements must be kept) of contracts has determined the resolution's format of the defaulted ones. In the last one hundred years, however, individual rights (personal and corporate) granted much rationality to contract resolution under altered contexts, be it economic or social. Because of the obligational principle, the law stands to be obeyed. However, the functional principle, that may bend the law under adverse conditions, creates a conceptual paradox. The compulsory effect of the obligation in the resolution of contracts comes to be the element to impose an apparent contradiction on the law's logic, before the flexibilization principle rebus sic stantibus (things thus standing) that accommodates interests. The resolute fundament, however, can be found by approaching the polarity of both so the principles complement each other. So the flexibilization principle is not just an exception to the first one, but much more than that. This work, therefore, targets at demonstrate the conceptual paradox between the two principles and, at the same time, the complementary character between these principles: obligational and bending principles. To do this, we use argumentative dialectics, based on expert literature, enabling to demonstrate that contract resolution, when under adverse condition, requires equilibrium in the objective application of both principles.

Keywords: Obliging force principle. Unforeseeable principle. Business contracts.

Introdução

Apesar de grande parte dos contratos serem realizados por via de adesão, isto é, uma parte proponente (ou predisponente) elabora e apresenta o contrato à outra, que simplesmente aceita-o, como aderente e passa a cumprir seus termos, a força obrigacional presente em seus termos e cláusulas, pode transformar-se sob condições peculiares em um impeditivo da plena execução contratual. Por razões óbvias de número, os contratos entre indivíduos e empresas, em especial os de fundo consumerista, apresentam mais casos de impedimento do que contratos entre duas empresas. Nos casos entre pessoas e empresas, os impedimentos de cumprimento obrigacional originados nos termos das cláusulas são exacerbados pelas situações comuns das relações hipo e hipersuficiente entre indivíduos e organizações. Tais situações são mais comumente objeto de atenção do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Ao inverter o ônus da prova, o CDC fundamenta-se no conceito de responsabilidade civil objetiva, retirando a necessidade do ônus respectivo do indivíduo e jogando-o para a pessoa jurídica. Isso, simplifica a análise de culpabilidade e a tomada de decisão.

Nas relações empresariais, contudo, aplicam-se as regras do Código Civil de responsabilidade e seu teor deixa de ser objetivo para tornar-se subjetivo. Ainda que nas relações empresariais a de inadimplemento seja menos comum, quando uma situação de inadimplemento contratual acontece, em condições de anormalidade, sejam essas causadas por fatores ambientais externos às empresas, ou causadas por alteração das capacidades individuais de um dos contratantes, o problema precisa ser solucionado com base em outros parâmetros, que não a simples imposição das obrigações contraídas. A força obrigacional para cumprir os termos do contrato pelo(a) devedor(a) é tão impositiva que simplesmente inviabiliza de cumprimento daquelas cláusulas pelas vias normais.

Inadimplementos dessa natureza, são o caso, em especial, de contratos que envolvem relações entre grandes empresas e pequenas empresas, por exemplo, contratos entre grandes montadoras de carros e pequenos fornecedores de peças; entre redes de supermercados e seus fornecedores de pequeno porte. Grandes multinacionais, admitidamente, dominam a relação de contratação de produtos e serviços de empresas menores, com muito menos poder econômico. Estabelece-se aí, além disso, uma relação de hiper e hipossuficiência que exagera a solução conflitual.

Quando o inadimplemento contratual acontece entre dois contratantes, no entanto, o fundamento crítico para o adimplemento contratual não reside nas relações de hiper e hipossuficiência entre eles. O princípio original que orienta o cumprimento das obrigações é o da força obrigacional – *pacta sunt servanda* (as coisas pactuadas devem ser cumpridas). As causas

para o inadimplemento jazem principalmente, nas alterações nos ambientes de operação das empresas, como o cenário econômico, político e tecnológico e nas alterações das capacidades individuais do devedor. As alterações circunstanciais não são e nem poderiam ser, claramente previstas como impeditivo contratual no momento da formalização dos contratos. A evolução dos fatos e eventos pertinentes a cada cenário, no entanto, convergiram em determinado momento de tal forma a criar uma situação de inadimplemento. Nessas condições, a força obrigacional que determina o cumprimento do contrato vigora em plena intensidade.

Contudo, os imprevistos, em suas diversas origens, que impedem o pleno cumprimento do contrato, precisam ser avaliados e eventualmente considerados em sua natureza para criar alternativas judiciais justas e viáveis de solução para os envolvidos. A justiça tem se valido exatamente da possibilidade de ocorrência dos imprevistos para, ao admiti-los, tornar sua probabilidade em princípio orientador. Surge aí o princípio da imprevisibilidade ou da imprevisão, cujo mote original é: “*Contractus qui habent tractum sucessivum et futuri dependentiam rebus sic stantibus intelliguntur*” (PEREIRA, 1975, p. 107). Em tradução nossa, mais livre, poderíamos dizer “*contratos que possuem tratos de ações sucessivas e dependência de questões no futuro devem ser entendidos ou analisados em seus contextos originais*”. Por razões utilitaristas e de simplificação, toda a expressão passou a expressar o princípio apenas com o mote compactado para *rebus sic stantibus* (as questões devem tratadas em seus contextos originais), segundo Pereira (1975).

Pela natureza dos dois princípios, ao serem colocados lado a lado, no enfrentamento de questões de inadimplemento contratual, em especial de caráter empresarial, apresentam um aparente paradoxo, oriundo do direcionamento conceitual de seus termos. De um lado, o princípio da força obrigatória exige o cumprimento simples e cabal das obrigações pactuadas, sem possibilidade de revisão contratual, já que o contrato torna-se lei entre os contraentes. De outro, o princípio da imprevisibilidade quebra a força obrigacional e, portanto, dobra a lei, abrindo espaço para a reavaliação dos termos contratuais, teoricamente impensável considerando apenas a observância da lei.

Ainda que, pequenas empresas possam dispor de assessoria jurídica e apoio técnico, que lhes garantem, maior compreensão e poder de resposta às implicações legais dos contratos que assinam, analisar as implicações decorrentes do princípio da força obrigacional desses, quando em execução e submetidos a imprevistos, de ordem interna ou externa, sempre acabam por buscar juízo jurisdicional. Por isso, é nossa intenção nesse trabalho analisar o caráter contraditório desses dois princípios e demonstrar a possibilidade de complementaridade intrínseca de seus termos. Explora-se aqui as características paradoxais da intenção de um e de outro, já que por sua natureza, trazem nuances próprias do que seria boa fé objetiva e função social no contexto dos contratos empresariais. Avalia-se igualmente como chegar ao equilíbrio e complementariedade entre os princípios,

decorrentes da aplicação do significado da força obrigatória e do significado da imprevisibilidade contextual da execução dos contratos empresariais.

1.1 Problema

Na ordem jurídico-normativo-positiva adotada no Brasil e de resto em vários outros países do mundo, os contratos, uma vez firmados entre as partes, intencionalmente feitos dentro da boa-fé e de preservação da sua função social, devem ser cumpridos. Isso é o que determina o princípio do *pacta sunt servanda* (Gomes, 1998). A mutabilidade situacional – de origem política, tecnológica e econômica, em especial – a que estão submetidos os processos transacionais modernos e, por consequência, os respectivos contratos, frequentemente turba a condição inicial de firma dos mesmos. A consequência imediata, é o risco de inadimplência e perda de sua função social, supondo acima de tudo, que tenha sido realizado na melhor boa-fé objetiva e na intenção de preservação ou de continuidade dos negócios empresariais. Mesmo que cumpridas as cláusulas de inadimplência, continua a incerteza sobre a possibilidade de superação da próxima turbacão. Assim, o princípio do *pacta sunt servanda* traz em si mesmo, uma dificuldade executiva: ao mesmo tempo em que exige o cumprimento dos seus termos na íntegra contratual, constringe sua plena execução por inflexibilidade conceitual, isto é, por conceito a letra do contrato não pode ser alterada para ser cumprida – deve simplesmente ser cumprida.

O não cumprimento do contrato, no entanto, não é proveitoso para qualquer das partes. Por certo não é bom para o contratante, porque não lhe foi entregue a obrigação cumprida e não é bom para o contratado que fica impossibilitado de dar continuidade a seu negócio. Para o contratante, não é a pena decorrente do inadimplemento contratual que interessa, mas sim, o cumprimento da obrigação. Para o contratado, também não interessa não cumprir a obrigação, porque o inadimplemento contratual gera descrédito por parte dos pares, penalidades extracontratuais, com eventual expurgo de operação no setor do contratado.

A alternativa que flexibiliza o cumprimento, segundo Acquaviva (1991), sugere a volta à condição inicial de firma do contrato (*rebus sic stantibus*), onde o contratado imaginava possuir plenas condições de sua execução. Essa flexibilização executiva alinha-se à dinâmica evolutiva natural do ambiente operacional de execução dos contratos. Ao alinhar-se, porém, às variações do ambiente operacional de realização dos contratos, esse princípio (*rebus sic stantibus*) contrapõe-se frontalmente ao objetivo coercitivo do *pacta sunt servanda*, porque tira-lhe sua força obrigacional.

Assim, tem-se uma força coercitiva natural, subsidiando a assinatura dos contratos, originada nos termos da retidão e justiça como premissas da boa-fé contratual objetiva, que intencionalmente visa a garantia do cumprimento do contrato na íntegra. É o princípio do *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) ou da força obrigatória. Ao mesmo tempo, porém,

um outro instrumento, que deveria estar reforçando a garantia de cumprimento contratual, ganha força, em situações específicas, proporcional à sua capacidade de quebrar a garantia do cumprimento da obrigação contratual do *pacta sunt servanda*. Trata-se aqui do princípio do *rebus sic stantibus*.

Esse princípio tem direção oposta ao Estabelece-se aí um paradoxo. Ao mesmo tempo em que se arvora em caminho alternativo de viabilização para o cumprimento dos contratos, o princípio do *rebus sic stantibus* contrapõe-se ao princípio do *pacta sunt servanda* por propor flexibilização de cumprimento e volta às condições originais. A lógica desse princípio está contida na Teoria da Imprevisão (Fonseca, apud Gomes, 1998).

O paradoxo está no fundamento de que, pelo segundo princípio, ou o contrato é cumprido em seus termos e finalidades, ou o contratante paga o preço, seja ele qual for, de seu não cumprimento. O primeiro princípio, no entanto, diz que aquela força obrigatória já não deve mais valer e as coisas devem ser reconsideradas como quando o contrato foi firmado, pois assim não pode ser cumprido. Ora, ou a força obrigatória existe e garante o cumprimento da obrigação ou não existe e a obrigação fica a mercê das condições situacionais momentâneas exigindo um novo contrato para garantia de continuidade de cada passo de uma obrigação contratada.

Mas os dois princípios existem, interpondo entre eles um paradoxo conceitual e aparentemente uma complementariedade. Se admitida a coadunação dos dois princípios, no entanto, com base racional na boa fé e na função social dos contratos, em casos de situações de inviabilidade de execução contratual, por qualquer causa de excessiva onerosidade, tais situações poderiam ser contornadas com a aplicação equilibrada de ambos. Isso nos leva à pergunta de pesquisa: Haveria, uma forma de fazer entrar em equilíbrio as naturezas contendoras desses dois princípios de tal maneira que se pudesse levar à melhor resolução dos contratos, ou teríamos que fazer opção por uma das duas rotas?

1.2 Hipóteses

Em princípio poderíamos imaginar 3 premissas que deveriam ser demonstradas nesse trabalho:

- (a) O princípio do **pacta sunt servanda** deve ser observado a qualquer preço, já que, no caso de empresas, as partes teriam perfeita noção a priori de todas as implicações contratuais na suposição de que os contratos são firmados em boa fé e visam, em essência, cumprir uma função social;
- (b) O princípio (também chamado de cláusula) do **rebus sic stantibus** deve ser observado acima do *pacta sunt servanda*, já que se há boa fé de ambos os lados, as implicações sociais do contrato sobrepõem-se à obrigação original e

viabilizariam o cumprimento dos contratos em situação de impasse, ou onerosidade excessiva; e

(c) A aplicação dos dois princípios de maneira mutuamente reforçante é o caminho ótimo para a resolução dos problemas contratuais originados pela alteração das condições iniciais de contratação.

Desta forma, o objetivo geral desse ensaio é demonstrar a existência do paradoxo conceitual entre os princípios - *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* - e ao mesmo tempo a complementaridade necessária entre ambos.

Para tanto, discute-se com mais profundidade a natureza conceitual dos dois princípios visando demonstrar o paradoxo e a complementaridade existente entre ambos, no âmbito dos contratos, apontando a necessária à coexistência desses princípios.

1.3 Justificativa

Estudar o presente tema se justifica considerando sua relevância no contexto econômico, social, científico, técnico e certamente jurídico, por várias razões. Em primeiro lugar, a exuberância do parque fabril brasileiro é responsável pela décima maior economia mundial, segundo dados do Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia – IBGE (IBGE, 2014). Essa economia é resultante de uma população economicamente ativa de cerca de 150 milhões de indivíduos (IBGE, 2014), distribuídos, seja como empreendedores, executivos ou como empregados, em pouco mais de 17 milhões de empreendimentos ativos, pelas estatísticas do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT, 2014). Essa significativa massa de empreendimentos envolve todos os tipos empresariais classificados segundo sua natureza jurídica em: empresários privados (com 54% do total dos empreendimentos), sociedade empresária limitada (com quase 35% do total dos empreendimentos), Associações privadas e sociedades simples limitadas (com 7,5% do total dos empreendimentos) e outras formas de menor volume ativo, como condomínios edilícios, EIRELIs, sociedades anônimas de capital fechado, organizações religiosas, sociedades simples e cooperativas.

Nessa expressiva massa de empreendimentos, o fundamento dos processos transacionais de seus negócios são, obviamente, os contratos – sejam eles escritos, sejam eles verbalmente explícitos ou sejam eles tácitos. Pode-se, portanto, imaginar pelo volume das possíveis transações diárias entre empreendimentos e entre empreendimentos e pessoas físicas seja muito grande e por vezes altamente complexas, eventualmente até por falta de solução jurídica. Pode-se imaginar também que as implicações sociais, econômicas e jurídicas de contratos não cumpridos e não resolvidos

sejam igualmente grande número e de enorme significado para o aperfeiçoamento do ato jurídico e da sociedade como depositária final.

Estudar a relação obrigacional e sua flexibilização é relevante também para a construção das relações sociais na sociedade brasileira de forma mais útil e positiva, no sentido de criar processos mais dinâmicos para a solução dos conflitos, evitando o emperramento da dinâmica social. Neste sentido, Durkheim, o pai da sociologia, já apontava o fato de que o funcionamento das sociedades complexas, como a sociedade moderna em que vivemos, depende do bom funcionamento do sistema de relações de interdependência entre as especialidades profissionais que servem a os interesses sociais. É tão fácil aceitar essa evidência apontada por Durkheim quanto é fácil imaginar que o sistema jurídico é peça essencial para o funcionamento de todo o sistema relacional societário, não apenas de complementariedade das especialidades profissionais.

Por fim, é importante estudar este tópico, porque nenhuma área do conhecimento está totalmente esgotada em suas abordagens, de tal forma que não se possa, de alguma maneira construir conhecimento novo. Não que esse conhecimento tenha que ser necessariamente inédito, mas que resulte de nova combinação como uma contribuição adicional ao conjunto do conhecimento acumulado. Assim, esse estudo, traz em sua natureza a possibilidade de contribuições científicas, ampliando as fronteiras do que se conhece nessa área. Uma combinação singular das possíveis relações entre as obrigações contratuais e sua flexibilização, dentro do delimitado pela lei pode, de fato, ajudar a construir novo conhecimento. E, sob o ponto de vista da práxis da operação do direito contratual, estudos da natureza do aqui proposto, podem oportunizar novas ideias, novas alternativas, mais simples ou mais complexas, mas que podem resolver rotas de inflexibilizações até o momento, aparentemente, sem solução.

2. Princípios e Conceitos

A teoria de base utilizada nesse trabalho segue o pensamento e visão dos grandes juristas nacionais. Nesse trabalho, vamos nos concentrar sistematicamente em três bases discursivas. Primeiro, trabalhamos o conceito e implicações legais unilaterais para a execução de contratos sob o princípio do *pacta sunt servanda*. Numa segunda base, nos concentramos no princípio do *rebus sic stantibus*, na tentativa de mostrar sua validade e seu aspecto flexibilizador do rigor do princípio anterior. Por fim, focamos a complementaridade ou suplementaridade de um e de outro no processo de realização dos contratos, demonstrando como o equilíbrio no uso dos dois princípios leva à melhor solução para os contratos.

2.1 Pacta sunt Servanda – O princípio da força obrigatória

Historicamente, o princípio da força obrigatória, criado no *códex romano*, assumiu espaço indisputável, em especial, nas escolas italianas, francesas, alemãs até o início do século XIX, quando se iniciava a revolução industrial. Durante a idade média, prevaleceu a vontade da burguesia para salvaguardar interesses comerciais, que os contratos fossem inatingíveis e lhes assegurassem de forma estável seus interesses econômicos (LEITE, 2015). O modelo econômico do mundo ocidental, capitalista, estruturou-se ao longo da Idade Média e o mundo laico percebeu que alguns princípios fundamentais dessa ordem econômica, dentre eles o da propriedade, o da separação entre Estado e Igreja (com a retomada do *códex romano* e a queda do código canônico) e, principalmente, o minimalismo estatal nas leis do livre mercado, seriam essenciais serem observados para evolução sadia do modelo. Assim, desde seus primórdios, a percepção de que o Estado não deveria interferir nas questões relativas ao mundo dos negócios privados, desde que não defesos em lei, esteve subsidiando a lógica de que uma vez que se estabelecessem contratos entre partes, esses deveriam ser literalmente cumpridos – é o princípio da força obrigatória. Nesse contexto, a imprevisibilidade ambiental como possibilidade de alteração e resolução contratual era inadmissível, já que contraria os interesses da força obrigatória.

O princípio da força obrigatória sempre tem sido um divisor de águas no processo de execução dos contratos. Até a revolução industrial e desde sua origem, esse princípio tem orientado as decisões judiciais. A complexificação crescente das sociedades modernas tem aduzido outros elementos de cunho e interesse social que tem relativizado a força desse princípio. Porém, seus fundamentos, como bases essenciais ao cumprimento dos contratos permanecem inalterados.

Pelo princípio da força obrigatória, o cumprimento das condições e prazos constantes nos contratos são requisitos essenciais para que a estrutura social e capitalista que funciona à base de trocas, contendo obrigações incorporadas em seus processos, funcione de forma eficaz. A força obrigatória, conceitualmente, possui dois sentidos. De um lado, indica que os pactos contêm obrigações para as partes, que devem ser cumpridas. De outro, incorpora a premissa de que a quebra das obrigações implica a possibilidade de punição pelo sistema jurídico que abriga os contratos, por suscitar eventual desordem ao sistema social vigente.

2.1.1 Origem Legal

É da natureza do negócio jurídico que decorre o princípio da força obrigatória. Em nenhuma parte do Código Civil pode-se encontrar a alusão direta ao fato de que há necessidade de cumprir os contratos, uma vez firmados. Isso porque, é exatamente essa a premissa que embasa a teoria dos contratos e a lei que enquadra o delito civil. A força obrigatória desse princípio decorre de lei,

constante no Código Civil, em seu artigo 104 e incisos I, II, e III que explicitam textualmente a validade de um negócio, *in verbis* "a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei."

A validade ou invalidade, as condições, os termos, os encargos e outros elementos adjacentes ao negócio jurídico, previstos no Código, supõem que tais condições somente vão existir se, de antemão, imaginarmos a premissa de que pessoas físicas e jurídicas podem pactuar obrigações entre si e que esses pactos sejam autocompelentes. Isso parece óbvio, quando imaginamos que para aceitar as condições de realização de um fato, precisamos antes, ter os elementos desse fato validados. Assim, se tivermos agentes capazes pactuando ações sobre um objeto lícito na forma da lei, teremos a condição de que o pacto existe para ser cumprido, senão não faz sentido existir. Por isso, o pacto é sempre autocompelente em direção ao cumprimento de seus propósitos, isto é, o pacto contém inerentemente o objetivo (obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar) e a norma (estatuída em lei), como premissas de seu cumprimento.

Neste sentido, Gomes (2008, p. 36) afirma que "*celebrado que seja* [o contrato], *com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve* [esse] *ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos*." O autor entende que a partir do cumprimento dos requisitos validantes do contrato, esse passa a ter status de norma legal entre as partes, na mesma linha que raciocina Diniz (2013, p.63), ao afirmar que "*o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito*". Obviamente, a "*incorporação ao ordenamento jurídico...*", aqui aludido pela autora, refere-se ao fato de que uma vez firmado o contrato, as cláusulas e condições contratuais passam a ter valor de lei para as partes e dessa forma devem ser tratadas em caso de litígio, como subsídio jurisdicional.

2.1.2 Circunscrições da força obrigatória

Apesar de estender-se a qualquer contrato, como fundamento, o princípio da força obrigatória possui certos limites de aplicação. Para pensarmos em sua circunscrição, recorremos a Diniz (2013) para entendermos seus limites com base na subjetividade e objetividade características contida no princípio. Segundo a autora, a capacidade genérica e específica, negativamente positivada pelos artigos 3º, 4º e 5º do Código Civil; a manifestação das vontades das partes, explicitamente aportadas nas firmas dos contratos; e o consentimento, tacitamente incorporado nas vontades, quando essas expressam a vontade de contratar e o aceite das cláusulas contidas no contrato, explícitos na assinatura das partes nos contratos, são todos elementos de subjetividade.

De outro lado, os elementos de objetividade dos contratos estão presentes nas possibilidades física e jurídica do objeto dos contratos. Tais possibilidades envolvem transações racionalmente

exequíveis e, portanto, abrigam a validade jurídica da existência dos mesmos; envolvem a determinação, como característica de ser o objeto do contrato determinável (identificável, mensurável e quantificável) em natureza; e envolvem a economicidade, isto é, a característica de conter, o contrato, objetos ou transações (serviços) de valor econômico mensurável.

Como aduz Marques (2014, p. 93) a força obrigatória não é absoluta, apesar de “reconhecida pelo direito e tutelada judicialmente...” depende essencialmente da vontade das partes. Assim, encontramos um limite primordial no princípio da força obrigatória, a vontade das partes em contratarem. Em outras palavras, se as partes quiserem, o contrato se efetua, se não quiserem, não se efetua. Uma vez expressas e explícitas as vontades dos contratantes, esse fato arrasta consigo outro limitador subjetivo, o consentimento. Obviamente, a expressão das vontades e do consentimento estão sujeitas às capacidades genéricas e específicas, já que não podem exprimir-se autonomamente. Assim, vontades, consentimento e capacidades estão limitadas, isto é, só podem ser expressas para objetos e transações possíveis que sejam determináveis e encerrem valor econômico, para caracterizarem contratos legalmente admissíveis. Desta forma, entre os elementos constitutivos dos contratos, os limitadores operacionais são os subjetivos, pois não apenas determinam a possibilidade real dos contratos, com também definem a possibilidade jurídica dos mesmos, permitindo sua resolução ou sua relativização.

Ao falarmos de possibilidade jurídica, temos que considerar, em adição, os princípios de coexistência ao princípio da força obrigatória, em especial os da boa-fé objetiva, o da legalidade, o da igualdade, o do consensualismo e o da comutatividade contratual, entre outros. Dentre esses princípios de coexistência, o mais importante talvez seja o princípio da boa-fé objetiva, porque é esse o princípio que pavimenta os elementos subjetivos aludidos por Diniz (2013), determinantes primordiais da possibilidade concreta dos contratos. Aguiar (2014) define a boa-fé objetiva como “um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade.” Segundo ele, a boa-fé objetiva gera obrigações e comportamentos necessários à realização dos objetivos pactuados.

A principal implicação da boa-fé objetiva é o fundamento que dá para a interpretação da vontade contratual. Não que a boa-fé objetiva determine o cumprimento das obrigações, mas orienta-lhes como deverão ser cumpridas. Isso implica serem cumpridos sempre na melhor forma de execução, sem a imposição de entraves ou dificultadores que retardam ou oneram, por qualquer meio, a execução das tarefas e obrigações contratuais. É dela que nascem todos os deveres colaterais, não expressos nos contratos, mas que são presumíveis existirem para a sua exitosa realização. E é a presunção da boa-fé objetiva que determina as condições de firma dos contratos, levando em consideração principalmente o nível sociocultural dos pactuantes e em especial o momento histórico e econômico dos pactuantes (MELO, 2004).

É a partir dessa origem que se busca, em relações de execução contratual problemática, o equilíbrio contratual econômico e obrigacional das partes envolvidas. Pelo princípio do *pacta sunt servanda*, uma vez firmados os contratos, esses seriam inalterados (GOMES, 2008). A inalterabilidade contratual, no entanto, não tem mais espaço unilateral na lei brasileira. Não é matéria nova, pois o Código Comercial de 1850, já previa em seu artigo 131, I, a boa-fé como fundamento das transações comerciais:

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

I. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, ao verdadeiro espírito e à natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;...

Mas ainda assim, a boa-fé objetiva não tem merecido a devida atenção dos juristas nacionais por décadas e somente muito recentemente, com o advento do Código Civil de 2002, é que o senso da boa-fé e a função social dos contratos assumiu sua real importância no contexto interpretativo ou hermenêutico da lei. Nessa nova abordagem do Código, o objeto transacional dos contratos, as obrigações de fazer, não-fazer ou de entregar, deixa de ser a razão de exequibilidade essencial dos contratos, para dar lugar à função social (artigo 421 do Código Civil). Assim, boa-fé objetiva deixa de ser um mero coadjuvante processual para assumir o papel obrigacional na relação (artigo 422 do Código Civil). Essa interpretação funcional dos contratos dada pela lei altera completamente a unidirecionalidade obrigacional pela exequibilidade contratual, ainda que de qualquer das partes, presente nos contratos. Revigoram-se outros princípios contratuais, como o da imprevisibilidade que, ao criarem um paradoxo ao estrito direito contratual, ao mesmo tempo, aumentam as chances de equilíbrio entre contratantes, ao êxito do cumprimento dos contratos e à justiça de sua resolução.

2.2 A primeira hipótese

Nosso propósito original era tentar demonstrar que, diante da aceitação dos dois princípios (*pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*) estaríamos diante de três hipóteses, como explicitado no início desse trabalho. A discussão realizada sobre o *pacta sunt servanda* até aqui, consolida o entendimento de nossa hipótese 1:

O princípio do *pacta sunt servanda* deve ser observado a qualquer preço, já que, no caso de empresas, as partes teriam perfeita noção a priori de todas as implicações contratuais na suposição de que os contratos são firmados em boa fé e visam, em essência, cumprir uma função social.

Pelo entendimento primário, ainda que não seja um entendimento completo, dos renomados juristas nacionais, o princípio da força obrigatória realmente faz sentido como elemento preliminar,

isto é, como premissa embasadora de qualquer contrato. A força obrigatória não só obriga as partes como torna inatingíveis as disposições contratuais, em princípio e supondo perfeito equilíbrio de suficiência entre as partes.

O princípio em análise é mais forte quando julgamos a condição ideal de contratação, quer dizer, a condição de que as partes contratantes estariam perfeitamente hábeis a cumprir suas respectivas obrigações no contrato. Independentemente das condições de execução e das condições de hiper ou hipo suficiência das partes ou alterabilidade das condições externas, as partes estariam perfeitamente capazes de cumprir seu contrato. O único empecilho para a sua execução seria apenas a má vontade de uma ou ambas as partes. Esta é, digamos, a condição extrema de um dos lados do espectro de exequibilidade. Nesse extremo, a força obrigatória estaria impondo todo o seu peso contratual, desconsiderando qualquer atenuante conjuntural. Nessas condições, a força obrigatória se impõe e obriga as partes, no arbítrio da lei, a cumprir ou a resolver o contrato com base exclusiva na obrigatoriedade de suas funções contratuais.

A realidade contratual, no entanto, na maior parte das vezes, não opera nas condições ideais. Frequentemente, uma das partes se torna inadimplente, não por vontade ou desejo próprios, mas por pura incapacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Resolve-se o contrato, simplesmente, com a punição do contratante inadimplente, ou revisa-se-o [o contrato], para achar alternativas de cumprimento.

2.3 Rebus Sic Stantibus - O princípio da imprevisibilidade

A partir do renascentismo, da reforma eclesiástica protestante (por volta dos séculos XV e XVI) e mais tarde de outros movimentos sociais importantes, como o Iluminismo e revolução francesa (séculos XVIII e XIX), uma nova ordem social inicia-se no mundo ocidental. Regimes monárquicos cedem, gradativamente, lugar a Regimes Constitucionalistas, por força da expansão do conhecimento para classes sociais “inferiores” (burguesia) e dos investimentos da burguesia tanto em educação, quanto em geração de “amarras” da nobreza empobrecida, visando ao reconhecimento e ascensão social. Tais movimentos aproximaram o homem de um novo estado de direito, em que mitos do sistema monárquico de constituição da sociedade foram subplantados por normas constitutivas mais justas e equilibradas.

Mas foi principalmente a partir da revolução industrial que a tradicional estabilidade societária diminui seu ciclo, tornando o ambiente social mais instável movida pela crescente dinâmica do ambiente socioeconômico em que passou a viver o homem. Isso trouxe à tona a importância das relações obrigacionais nas relações sociais e da socioeconomia induzindo o homem à determinação de uma nova realidade social. A estabilidade do contexto social medieval que pré-

determinava a condição do homem em seu meio, foi rapidamente substituída pela efemeridade dos eventos ditada pela liberdade obtida sob as novas garantias constitucionalistas. Acesso e crescimento social associados ao empoderamento econômico do homem de classe média, no novo modelo econômico capitalista, criam um novo momentum social. Agora, em tempos modernos, a realidade social do homem adquire ênfase absoluta e força de premissa constitutiva que lastreia todos os princípios obrigacionais das relações contratuais – supõe-se como fundamento a boa fé objetiva e a função social dos contratos (ZUNINO NETO, 2015).

As novas formas de acesso a bens e serviços e as novas formas de se fazer e estabelecer negócios no contexto hodierno do livre mercado, favorecem a instabilidade dos eventos com origem em qualquer cenário, seja ele econômico, político, social, cultural ou educacional. Contratos com obrigações, explícitas ou implícitas, avolumam-se em número e complexidade com origem nos processos transacionais, principalmente de base econômica. Configura-se, desta forma, o setor econômico como o principal contexto para desequilíbrios obrigacionais e, dadas as imprevisões ambientais, com reflexo direto sobre as relações contratuais.

Manter o princípio da força obrigatória imperante nos contratos em que outros elementos, que não a pura vontade das partes, podem determinar o rumo da possibilidade de cumprimento de suas cláusulas, criaria situações adversas tanto sob o ponto de vista da justiça subjacente à exequibilidade dos contratos, quanto sob o ponto de vista do avanço do modelo econômico das livres forças de mercado. É preciso olhar para o outro extremo do espectro obrigacional – estando num extremo a força obrigacional absoluta – e criar um contrapeso, de flexibilidade, no outro extremo, para equilibrar e garantir a equidade das obrigações contratuais. Isso garantiria a possibilidade de execução contratual, mesmo em situações em que a adversidade ambiental impedisse o pleno cumprimento dos contratos em seus termos originais.

A previsão da flexibilização dos termos contratuais está prevista no artigo 121 do Código Civil. Nesse artigo se cria a condição de licitude de subordinação dos efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Já o artigo 122 do mesmo Código aponta a necessidade de equilíbrio na execução dos contratos, proibindo condições que de um lado inutilizam o esforço contratual, isto é, em caso de execução o contrato seja destituído de força legal e, de outro, o sujeitam imediatamente ao arbítrio apenas de uma das partes. Começa a ser preservada aí a legitimidade, a bem da justiça, de um bem maior que simplesmente a pura vontade das partes de contratar: o interesse social. Este elemento orienta em que direção devem ser validadas as obrigações contratuais, isto é, não é apenas o interesse econômico que move as obrigações contratuais, mas antes dele, a função social, dentro do espírito do ganha-ganha para ambas as partes.

A cláusula ou o princípio *rebus sic stantibus* adquire vigor e passa a intermediar, como subsídio argumentativo, a resolução de contratos que, inviabilizados por condições externas à

vontade das partes, podem ter suas cláusulas alteradas para aplicar-se justiça ao seu *modus executandi* e diminuir a perda das sanções resolutivas de seus termos originais. Tal princípio deu origem à Teoria da Imprevisão, adotada no mais recente Código Civil, além dos pressupostos condicionais de termos e encargos contidos nos artigos 121, 122 e 123, I, e nos artigos 317 e 478, com resolução atenuada pelo 479, todos do mesmo Código.

O artigo 317 do Código Civil permite a intervenção da lei nos casos de manifesta desproporção entre o valor da prestação devida no momento contratual inicial e o valor no momento futuro de sua execução. A lei deve assegurar o valor real da prestação e seu adimplemento pela parte devedora, com justiça. A mesma preocupação de equilíbrio existe é assegurada pela lei, na resolução dos contratos onde se verifica onerosidade excessiva. A lei resolve o contrato, com espaço para condições mais equitativas ao inadimplente, a custo do credor, mas pelo menos sem perda total e com algum ganho para este último.

O princípio da imprevisibilidade parece ter de fato origem na expressão latina: “*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur.*” Em tradução mais livre, significa que “os contratos que possuem implicações ou dependam de ações sucessivas no futuro devem ser entendidos em seus contextos (condições) originais.” Este é um princípio de origem mais recente do que o *pacta sunt servanda*, que vige dos tempos romanos. O princípio da imprevisibilidade tem suas origens mais para o final da Idade Média e nasceu dentro do Direito Canônico (Pereira, 1975), banhado pela condescendência eclesiástica de sempre apoiar o hipossuficiente. Contudo, foi somente na idade moderna que esse princípio tem se tornado mais presente e racionalmente compreensível no contexto das relações econômicas. A expressão completa como expressa acima que deu origem à teoria restringiu-se, com o passar dos tempos, ao objeto de sua intenção, como bem aponta Pereira (1975, p. 107-08):

A teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.

Como já apontamos acima, o princípio da imprevisibilidade talvez encontre seu melhor amparo na lei, como flexibilizador das condições de execução dos contratos, no artigo 121 do Código Civil:

“Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

Mais taxativamente, na condição explicitada no inciso I do artigo 123:

“Invalidam os negócios jurídicos que lhe são subordinados: I – as condições físicas ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas.”

Mas a possibilidade real de restauração do equilíbrio contratual, caracterizada como ilicitude legal, aparece na segunda parte do artigo 122 do mesmo Código:

“[...]entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Com base nesses preceitos, buscamos em Acquaviva (1991, p. 322) a interpretação literal do princípio como aquela em que “*as partes estipulam que o cumprimento do contrato fica subordinado à não modificação, no futuro, dos pressupostos e circunstâncias que ensejaram o pacto.*” Na mesma linha interpretativa, Xavier (1992, p. 194) chama a atenção para a proteção vinculada dessa cláusula na execução dos contratos, ao questionar que “*como cláusula contratual, subentende o vínculo da obrigação, desde que, até o termo do contrato, perdurem as condições econômicas existentes no momento da celebração. ... [prevenindo] o caso fortuito e o motivo de força maior.*”

Por fim, Fonseca (1998) aponta alguns requisitos basilares necessários à aplicação da teoria da imprevisão como: (a) a sucessividade na execução do contrato; (b) alteração nas condições circunstanciais objetivas do momento da celebração do contrato; (c) excessiva onerosidade para uma parte com vantagens para outra; e (d) imprevisibilidade da alteração circunstancial. Tais requisitos, de fato, definem e circunscrevem o que seja imprevisão, contexto no qual a lei pode interferir para garantir equidade na execução dos contratos, cujas condições presentes alteraram-se de forma comprometedora sua exequibilidade.

2.4 A Segunda Hipótese

A segunda hipótese desse trabalho olha para o lado da justiça e viabilização alternativa dos contratos. Expressamos da seguinte forma a hipótese:

(b) O princípio *rebus sic stantibus* deve ser observado acima do *pacta sunt servanda*, já que se há boa fé de ambos os lados, as implicações sociais do contrato sobrepõem-se à obrigação original e viabilizariam o cumprimento dos contratos em situação de impasse, ou onerosidade excessiva.

Observar o princípio do *rebus sic stantibus* acima do *pacta sunt servanda*, significa simplesmente observar prioritariamente aquele a esse princípio. Nessa direção Marques (1995, p.93) ao apontar o novo papel da lei nas sociedades, dá o caminho:

“À procura do equilíbrio contratual, [...] o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.”

O conceito do negócio jurídico como fundamento do objeto contratual e o conceito da autonomia da vontade como determinador da efetividade real dos contratos permanecerão como objeto da lei, isso por princípio. Contudo, a responsabilidade civil objetiva, presente na filosofia de embasamento do Código de Defesa do Consumidor, começa a tomar o espaço antes restrito exclusivamente à auto-regulação das vontades das partes contratantes. Pode-se falar aqui num novo princípio regulador da lógica aplicativa da lei, no qual o interesse social se sobrepõe às vontades individuais. A vontade dos contratantes simplesmente perde a condição de elemento nuclear dos contratos, abrindo espaço para a função social do mesmo. Tão forte se estabelece o interesse social acima dos individuais que pode-se prever um intervencionismo crescente da Lei nas relações contratuais, no sentido de preservar aqueles interesses, acima do locupletamento individual da parte mais forte no contrato.

Neste sentido, o dogma da autonomia da vontade, determinador da força obrigatória original, impulsionadora automática dos contratos, cede espaço para a racionalidade do interesse social, como determinante da razão do princípio da boa-fé. Isto é, um contrato, quando firmado não serve apenas à vontade das partes, mas passa a subentender que as vontades só se estabelecem se o contrato considerar inerentemente sua função social quando é executado ou resolvido. Este é o entendimento contido no artigo 421 do Código Civil, *in fine*:

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O contrato, portanto, como instrumento formalizador das obrigações e das formas de adimplemento das obrigações dos indivíduos, passa agora a limitar-se e ser eficazmente regulado pela lei para que sua função social, efetivamente se cumpra. O sentido da função social dos contratos está mais detalhadamente explícito no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, em especial em seu inciso IV:

Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV – Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)

VI – Estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

Entendendo-se nesse contexto, que o consumidor se refere ao lado hipossuficiente do contrato. Entre duas organizações ou empresas, a menor e com menos poder econômico assume o lugar de hipossuficiência diante da lei. Em caso de igualdade, considera-se simplesmente a boa-fé, a equidade e a função social dos contratos lastreadas nos artigos e incisos explicitados acima.

2.5 O Paradoxo

Desta forma, assumida a equidade como princípio basilar, o cumprimento dos contratos estaria dependente não apenas da vontade das partes, que obrigaria os indivíduos a cumprirem suas cláusulas à risca, mas também do interesse social como horizonte da flexibilização contratual. Essa hipótese coloca a obrigação de cumprimento das cláusulas contratuais no extremo oposto àquele apontado anteriormente como subsidiário ao princípio da força obrigatória: as obrigações contratuais entre as partes devem ser cumpridas por força da própria lei contratual. Se as cláusulas contratuais são dependentes exclusivamente de seus termos (*sunt servanda*) para o seu cumprimento, então o elemento flexibilizador (*sic stantibus*), que lhes tira a força obrigacional, seria uma anti-lei dentro dela mesma. O paradoxo que se estabelece, portanto, é que, de um lado, o contrato existe para dar força obrigacional à vontade das partes, mas, de outro, a possibilidade flexibilizadora existente na própria lei retira-lhe a força obrigacional original, quase que desqualificando os termos contratuais e gerando, na lógica aplicativa da lei, um paradoxo legal: obriga, mas intrinsecamente desobriga. Assim, um contrato, ao mesmo tempo em que obriga ao cumprimento de seus termos, acaba, simultaneamente, por desobrigar ao seu cumprimento, para exatamente permitir sua execução.

2.6 Complementaridade dos Princípios

Em acordo com a estrita intencionalidade dos termos dos dois princípios de colocar a executabilidade dos contratos em abordagens opostas, a pergunta que imediatamente surge é como podem os dois princípios se completarem ou serem complementares se intrinsecamente estariam se anulando? Nossa hipótese acerca da resposta a essa pergunta jaz na presença dos elementos comuns aos dois princípios que não os afastam, mas que os complementam. Em outras palavras, entre os dois princípios há elementos que os tornam comuns, iguais. De fato, os dois princípios não existem para se anularem mutuamente, mas para se completarem, por várias evidências e argumentos.

Quando admitimos, pelo princípio da força obrigatória, que os contratos existem para serem cumpridos, admitimos que eles só existem se tiverem força de lei entre as partes, do contrário, não faz sentido os contratos existirem. Como a ação de contratar é essencialmente dependente da boa vontade objetiva, entendemos que a decisão de contratar só vai ser tomada se as partes perceberem que precisam estabelecer a transação (obrigações de dar, entregar ou fazer) objeto do contrato. Assim, o contrato será firmado se o conjunto de obrigações objeto da transação for bom e exequível para ambos os contratantes. Em outras palavras, se o conjunto de benefícios previstos no contrato for maior que o conjunto de custos, ou do ônus a ser pago em seu cumprimento.

No conjunto de benefícios pode-se enumerar pelo menos três elementos que sopesam a decisão de contratar e que são inerentes ao conceito de onerosidade: (a) a necessidade de contratar; (b) a exequibilidade circunstancial dos termos; e (c) o valor da transação.

A necessidade de contratar diz respeito ao quanto um ou os contraentes precisam de um determinado produto ou serviço, isto é, precisam que uma obrigação seja realizada ou entregue. Correlata à necessidade vem o valor. Valor, no processo decisório de contratar, está relacionado com o quanto uma obrigação de fazer ou entregar é valiosa para um ou para os contraentes. Isto é, o quão importante, valioso ou benéfico será um contrato, na percepção do, ou dos contraentes. Quanto maior for o valor para os contraentes, tanto mais decididos estarão eles a pagar pelo custo ou ônus do contrato. Pode-se admitir, desta forma, que necessidade e valor, possuem uma influência de caráter positivo sobre a decisão de contratar. Se forem altos, a decisão será a de contratar; se forem baixos, a decisão mais provável será a de não contratar.

Exequibilidade circunstancial, por sua vez, significa a incapacidade de execução do contrato, em razão das circunstâncias alteradoras externas às organizações. Os cenários econômico e político, em geral, são os maiores e mais frequentes responsáveis pelo desempenho e dificuldades de execução contratual dos contraentes, pois podem mudar de momento a momento, com mais frequência. Mas o cenário tecnológico tem, adicionalmente, um grande grau de influência. Não raro, *serendipities*, isto é, rupturas tecnológicas de base (como por exemplo, a mudança da tecnologia analógica para a digital, na indústria de celulares) nos setores econômicos retiram a capacidade competitiva das organizações e as obrigam a renovações tecnológicas profundas. Tais alterações exigem mudanças estruturais, por vezes de grande monta, que se não realizadas a tempo, podem levar as organizações à falência.

A exequibilidade circunstancial, no entanto, tem uma influência diversa das duas anteriores. Enquanto a necessidade e o valor agem no processo decisório de contratar e depois na manutenção do cumprimento da obrigação, seu peso é ainda acessório. Afinal, um contrato pode ser firmado sem que haja uma necessidade essencial ou que o valor da contratação seja excepcionalmente estimulante. Já a exequibilidade é uma condicionante *sine qua non*, tanto da decisão de contratar, quanto do processo de cumprimento da obrigação. Se, de antemão, um contrato for visto como inexecutável em seus termos, dificilmente será firmado, apesar da necessidade e do valor para os contraentes induzirem fortemente à decisão de contratar.

2.7 A Terceira Hipótese

Na hipótese de os vetores desses três elementos serem positivos no processo decisório de contratação, isto é, quando houver necessidade para a contratação; quando seu valor for percebido como benéfico acima do custo/ônus de execução; e quando o contrato for circunstancialmente

exequível em seus termos, então, será firmado. O problema surge quando no cumprimento das obrigações, o vetor da exequibilidade inverte o sentido e passa a apontar para o lado da inexecuibilidade. Nesse momento, o peso da necessidade continua sendo positivo, mas insignificante para ser capaz de alterar para a exequibilidade. Já o custo de cumprimento das obrigações, nestas circunstâncias, cresce de tal maneira que se torna impossível seu cumprimento. É nesse momento que se chega à encruzilhada paradoxal: ou se aplica a força obrigatória, mesmo às custas do desmantelamento do contratante inadimplente, ou se reverte os termos do contrato para condições de exequibilidade. É nesse contexto que apontamos a terceira hipótese, como solução:

(c) A aplicação dos dois princípios de maneira mutuamente reforçante é o caminho ótimo para a resolução dos problemas contratuais originados pela alteração das condições iniciais de contratação.

A inexecuibilidade circunstancial pode ter causas de origem interna, externa ou eventualmente, ambas. Não vamos aqui considerar o mérito das causas per se, mas sua origem, para avaliar seu peso sobre a continuidade dos contratos. Se uma causa tem origem interna à organização, já que estamos nos referindo a contratos interempresariais, então pode haver nessa organização um problema de má gestão. Aplicar o princípio da força obrigatória nesse caso, seria aprofundar a crise em direção à falência e seria ir contra o espírito da função social do contrato. Assim, é preferível repensar a solução obrigacional nos termos do princípio do *rebus sic stantibus*, da imprevisibilidade e conseqüente flexibilização contratual, no sentido de permitir, minimamente, sua exequibilidade.

Mesmo diante da impossibilidade contratual, é óbvio que não se pode inverter o sentido obrigacional em direção à flexibilização completa ou à desobrigação contratual. Por isso, o princípio do *rebus sic stantibus* não pode ser entendido ao pé da letra: o cumprimento de qualquer contrato deve sempre ser entendido nas condições originais de sua assinatura... As condições originais de contratação dificilmente serão repetidas ao longo do período de execução dos contratos ou da história de uma organização. Por isso, não é a essas condições que esse princípio quer se referir.

Voltar às condições originais do contrato significa, simplesmente, alterar as condições da tradição ou do cumprimento obrigacional que circunstancialmente é impeditivo do cumprimento, para outras condições de forma a conseguir chegar novamente à exequibilidade do contrato. Não significa literalmente voltar às mesmas condições iniciais do contrato, mas a condições alternativas de exequibilidade. Os termos do contrato seriam então flexibilizados, isto é, quebrados, para atingir as condições de possibilidade mínimas de execução.

Voltando às origens impeditivas de execução, a interna refere-se às possibilidades de execução condicionadas ao restabelecimento de recursos e/ou capacidades internas da organização. Neste caso, a origem das causas impeditivas é de ordem interna, supostamente, controlável. Estamos falando, então, por justiça e bom senso, em adequar os termos contratuais ao plano de recuperação judicial ou extrajudicial, não à função social do contrato. É certo, que o peso da força obrigatória, nesse caso, é quase absoluto em relação ao peso do princípio da imprevisibilidade, já que se supõe que a gestão da organização tenha pleno controle sobre sua situação e seus recursos. É de sua responsabilidade e de seu risco assumir o ônus pela sua recuperação e consequentes encargos. Mesmo aí, os interesses sociais dos contratos e obrigações estarão preservados nos procedimentos da lei das falências (lei 11.101/2005), previstos no artigo 47, caput.

Esta mesma lógica está por trás da aplicação do *rebus sic stantibus* quando as causas forem externas à organização, mas com o sentido inverso aos princípios: aqui é o princípio da imprevisibilidade que impera sobre o princípio da força obrigatória. Nesse caso, o retorno às condições originais de possibilidade de cumprimento das obrigações contratuais praticamente independe da organização per se, mas depende da alteração ou dos novos rumos do contexto externo em que opera a organização. A organização não possui controle sobre seu desempenho como possuía no caso de as causas serem de origem interna. Por isso, cabe de forma mais perfeita, a aplicação do princípio da imprevisibilidade. Em caso de inadimplemento contratual que leva à abertura de falência, a boa-fé objetiva original continua existindo, mas a função social do contrato será fortemente atingida (descumprida) se não for considerada a flexibilização dos seus termos em favor da continuidade do negócio ou empresa.

A busca por alternativa viabilizadora para o cumprimento contratual, devido a alterações externas, fora da capacidade de previsão ou de controle do devedor, é a condição ideal de entendimento do princípio da imprevisibilidade. É nessa circunstância que se busca voltar à condição antes da alteração contextual, na qual o contrato era exequível (as condições iniciais). Dadas as alterações contextuais, aquelas condições não serão mais passíveis de serem retomadas. É necessário buscar alternativas que viabilizem no novo contexto o cumprimento contratual.

A solução mais próxima da condição original é a alteração das condições contratuais para, dentro dos limites impostos pelo novo contexto, permitir minimamente a execução do contrato. Um novo cuidado deve aqui se estabelecer: as alternativas que permitirão cumprir o contrato devem atender para o equilíbrio de obrigações entre os contraentes. Assim, de um lado, não se pode buscar a remissão da dívida simplesmente, mas de outro, não se pode buscar onerosidade excessiva (em qualquer prazo) por facilitação/diminuição momentânea do peso das prestações. Uma solução justa é uma solução equilibrada, em que os contraentes cedem um pouco de cada lado para tornar viável o cumprimento do contrato. O credor pode ceder em prazos e/ou onerosidade extras, como juros e

o devedor, assumir um encargo talvez mais pesado do que gostaria, mas ainda dentro de suas possibilidades de adimplemento.

Desta forma, o senso de responsabilidade pelo adimplemento dos termos contratados precisa ser mantido, garantindo o fundamento da força obrigatória. As alterações contextuais externas que estariam impedindo o pleno cumprimento do contrato, jamais podem ser alegadas como desculpa para a remissão das obrigações nele incorporadas. Deverão poder ser negociadas, mas não remidas sumariamente. Por outro lado, a imprevisibilidade contextual é um argumento cabal para permitir a renegociação dos termos contratuais, para condições mais exequíveis no novo contexto. Essa é uma situação em que todos acabam ganhando, por ceder ou sacrificar-se um pouco mais, e em que ficam caracterizados a boa-fé dos contraentes e preservada a função social do contrato.

3. CONCLUSÕES

Nossa pretensão, nesse artigo, tem sido a de demonstrar o aparente paradoxo conceitual entre os princípios da força obrigatória e o da imprevisibilidade e, simultaneamente, mostrar a complementaridade entre esses dois princípios, no contexto de contratos empresariais. Para tanto realizamos uma discussão dialética acerca do entendimento da natureza obrigacional de cada princípio e demonstramos, por via de sua natureza, o caráter contraditório de ambos, quando colocados frente a frente. Distinguindo a racionalidade da norma em ambos que induz a operações opostas e, portanto, à contradição, demonstramos a complementaridade que jaz na intencionalidade de suas naturezas.

A discussão desses dois elementos – paradoxo e complementaridade – foi estabelecida com o auxílio e demonstração da proposição de três hipóteses. Uma envolve a direcionalidade obrigacional incorporada nos contratos, originada no princípio da força obrigatória e que demandaria o cumprimento direto dos termos e cláusulas presentes nos contratos, sem alteração de seus termos preexistentes. Outra envolve o peso do caráter da função social por trás dos contratos, que sustenta, apesar de indiretamente, o princípio da imprevisibilidade. É a função social dos contratos que, ao flexibilizar a lei, mantém a obrigação ou a responsabilidade civil pelo seu adimplemento, visando manter a continuidade dos negócios empresariais. E a terceira envolve a tese de que manter as obrigações de forma racional, isto é, de forma a poder o contrato ser adimplido pelo devedor, é coerente, não contraposto à lei. Assim, para a resolução dos contratos, mesmo que os termos não sejam os originais sob o princípio da força obrigacional, mas alternativos àqueles ou mesmo que sejam uma simplificação dos originais, a aplicação do princípio flexibilizador não altera a obrigação e sua responsabilidade de cumprimento do novo contrato. Os termos contratuais

originais são revistos, porque é preferível a continuidade dos negócios em detrimento dos termos exigíveis do contrato, à falência de um ou de ambos os negócios, em razão da força obrigatória.

Desta forma, paradoxo e complementaridade simultânea entre os dois princípios deixam de ser soluções emergenciais ou de aplicação apenas em casos excepcionais extremos e passam a ser norma. O paradoxo não é uma resultante direta da existência simples dos dois princípios. No passado, o princípio da força obrigatória sempre prevalecia. Um contrato entre duas empresas, por exemplo, em condições contextuais normais de execução, poderia ser acionado de forma fatal contra a devedora, isto é, levando-a à falência, sem que o princípio da imprevisibilidade pudesse ser acionado.

Hodiernamente, porém, o que se pode notar, é que há uma clara tendência de chamamento imediato do princípio da imprevisibilidade para a solução contratual em casos de inadimplemento, independentemente da existência de imprevisibilidade. A principal razão talvez seja mesmo a crescente importância da função social dos contratos. No caso de contratos empresariais com possibilidade de falência do devedor, as implicações da função social dos contratos requerem a continuidade do negócio, para sustentação dos empregos, da vitalidade econômica, da arrecadação de impostos e de seus benefícios indiretos. Por isso, a crescente importância da função social dos contratos funciona como solução tampão que permite a estabilidade social e continuidade da vitalidade econômica, equilibrando o lado negativo da severidade da força obrigacional e a tendência à lassidão nas obrigações contratuais da imprevisibilidade.

O que se nota hoje é um enfraquecimento da aplicação de forma indiscriminada do princípio da força obrigatória, como tem acontecido no passado recente – em que não se cogitava em revisão contratual – e a consolidação da função social do contrato subsidiando a possibilidade de reavaliação contratual em contextos de imprevisibilidade ou de simples risco iminente à continuidade dos negócios. A lógica dessa hermenêutica para os princípios, realmente, parece mais racional, especialmente, pelo fato de sobrepor os interesses da pessoa ou dos direitos humanos aos interesses do valor meramente econômico dos contratos. Isso, além de ajustar-se à intencionalidade da lei, vai ao encontro do sentido de sua função própria: a preservação da justiça com vistas à garantia do estado de direito e da dignidade da pessoa humana.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Novíssimo Dicionário Jurídico**, vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1991.

AGUIAR Jr., Ruy Rosado **Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/C1%C3%A1usulas%20abusivas%20no%20C%C3%B3digo%20do%20Consumidor.doc. Acesso em: 04/04/2015.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**, apud Orlando Gomes, Contratos; 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 7ª ed. 2013, vol 1, p.63.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**, São Paulo: Forense, 1958.

GALL, M. D., GALL, J. P., BORG, W.R. **Educational Research: An Introduction**. 8ª ed., New York: Pearson/Allyn & Bacon, 2007.

GIL, A.C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed., v.5, São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense Fonseca, 2008.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaulttab_hist.shtm Acesso em: 07/10/2014.

IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. **Empresometro – Empresas segundo sua natureza jurídica**. Disponível em: <http://www.empresometro.com.br/> Acesso em: 07/10/2014.

JARDILINO, J.R.L. e SANTOS, G.T. (Org.). **Orientações Metodológicas para Elaboração de Trabalhos Acadêmicos**. 2a. ed., São Paulo: Gion Editora e Publicidade, 1999.

LEITE, G. Evolução Doutrinário do Contrato. Disponível em: Disponível: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2302. Acesso em: 30/09/2015.

MARCONI, M.A. e LAKATOS, E.M. **Fundamentos de metodologia científica**. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 1995, p. 93.

MELO, Lucinete Cardoso. **O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil (2004)**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6027/o-principio-da-boa-fe-objetiva-no-codigo-civil>. Acesso em: 02/04/2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. III. Rio de Janeiro: Ed. Forense da Fonseca, 1975.

SELLTIZ, C., JAHODA, M., DEUTSCH, M, COOK, S.W. **Métodos de Pesquisa nas Relações Sociais**. São Paulo, E.P.U. Ltda., 4ª reimpressão, 1974.

SOUZA, Wagner Mota Alves. **A Cláusula Rebus Sic Stantibus, a Teoria da Pressuposição e a Teoria da Base do Negócio Jurídico em Face da Doutrina Nemo Potest Venire Contra Factum Proprium – O Primado da Coerência e as Situações de Certeza Subjetiva**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9305/1/Wagner%20Mota%20Alves%20de%20Souza%20-%20Artigo.pdf> Acesso em: 17/09/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 10ª. ed., v. 5, São Paulo: Atlas, 2010.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no Direito**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992, p.194.

YIN, R.K. **Estudo de caso – planejamento e métodos**. 2^a edição, Porto Alegre: Bookman Editora, 2002.

ZUNINO NETO, N. Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus. **Revista Jus Navigandi**, v.4, n. 31, 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/641> . Acesso em: 11/09/2015