Teorias da Imprevisão
(da Condição Implícita, da Frustração por Risco e do Risco do Negócio)

Severiano Aragão
Desembargador do TJ/RJ

O Direito Canônico, com São Tomás de Aquino (Suma Teológica, L. II, *quaestio* CX, 3, ed. 1937) preconizara que: "Seja determinado por lei, como se deva julgar, deixando **margem** pouquíssima ao arbítrio humano". Uma nesga de poder, desde o Código de Hamurabi, sempre se deferiu ao Juiz, em sede de Equivalência das Prestações nos contratos.

Assinala Vânia Maria Cunha Bueno (*in* **A Teoria da Imprevisão e o Atual Direito Privado Nacional** - Lumen Juris, 1994 - Rio, pp. 08/09), que, no século XVIII, "a cláusula *rebus sic stantibus* entrou em decadência, não referida nos Códigos no início do século passado, no Código de Napoleão e no Código Civil Italiano (...). Ressurgiu a Doutrina, notadamente, pelas alterações profundas, econômicas e sociais, provocadas pelas duas grandes guerras, que tanto agitaram o mundo, na primeira metade deste século".

Parece incontestável que a Teoria da Imprevisão foge da trilha das excludentes clássicas (força maior e caso fortuito - art. 1.058 - Código Civil), situando-se melhor nos quadros da LESÃO, da violação do dever da BOA FÉ E LEALDADE, ou mesmo na SUPERVENIÊNCIA de elementos externos, excepcionais, capazes de provocar um desequilíbrio entre as obrigações, mediante a ALTERAÇÃO substancial das condições e fatores externos, vigorantes ao tempo da celebração do pacto (*tempus regit actum*).

Em tais perspectivas, surgiram **teorias revisionistas** de novo perfil, como a "Teoria da Pressuposição Individual" de Windscheid.

Orlando Gomes (*in* **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**, 2ª ed., 1980, R.T., p. 97) critica a "Teoria da Pressuposição Típica" de Pisko (Áustria), por falta de *utilitas*, embora dê exemplo elucidativo: "O do fabricante, que contratou publicidade de certo produto, que se vê

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

impossibilitado de fabricá-lo, em virtude da guerra. A propaganda não teria finalidade, desaparecendo a situação de fato, a **pressuposição típica**".

Giuseppe Osti, na lª década do século, na Itália, pregou a "Teoria da Superveniência", decalcando idéias de ato de vontade de uma promessa futura, cujo resultado falhe.

Kaufmann, em 1911, conceituou a "Teoria da vontade eficaz", sem repercussões.

Ainda Orlando (op. cit. p. 98) se reporta à "Teoria da condição implícita", *implied terms, implied conditions*, orientação seguida pelo juiz inglês (...). A SOBREVIVÊNCIA DO CONTRATO SUBORDINA-SE A UMA CONDIÇÃO IMPLÍCITA, entendido o substantivo como uma CONDICTIO JURIS (...). Somente se tornam exigíveis as obrigações, se o seu fim típico pode ser alcançado. Quando se modifica o estado de coisas particular, existente ao tempo do contrato, deixa ele de ser eficaz (...). Esse estado de fato desaparece toda vez que, por acontecimentos supervenientes, perde o contrato sua finalidade. OS TRIBUNAIS INGLESES resolvem os casos em que se torna imperioso o abandono do princípio da força obrigatória do contrato, sem necessidade de invocar fatores psicológicos ou razões extrajurídicas".

Othon Sidou (*in* **A Revisão Judicial dos Contratos** - 2ª ed., Rio - Forense - 1984, pp. 71/72) aborda a "Frustração por risco", - *frustration of adventure* do Direito inglês que "não é atribuível a um dos contratantes (...), porém a UM EVENTO QUE, SE IMPREVISTO, IMPEDIRIA A CONCLUSÃO DO CONTRATO, à míngua de sentido teleológico".

Vania Cunha Bueno alude a que "Os Estados Unidos não conhecem a doutrina revisionista. Uma regra de interpretação, contudo, dá alento à teoria. Trata-se do *Restatement of the law*, que a rigor, é um Código privado, oficioso, de alta expressão pragmática, de 1914, originado por inspiração da Association of America Law, definindo a IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE (§ 457), quando, DEPOIS DA FORMAÇÃO DE UM CONTRATO, ocorrem fatos imprevisíveis, NO SENTIDO DE TORNAR A EXECUÇÃO DA PROMESSA IMPOSSÍVEL, A OBRIGAÇÃO DO CONTRATANTE É AFASTADA, a menos que uma intenção contrária tenha sido manifestada".

Por sua atualidade, diante da atual problemática da paridade cambial, nas prestações de *leasing*, ante a livre variação de moedas, cumpre abordar a lição do Prof. Luiz Antonio Rizzato Nunes, da PUC/SP e lº TA CIV/SP (*in* **Bol. Inform.** Saraiva nº 01, março de 1999, p. 12), sustentando, além da

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

aplicação do CDC à espécie (tema polêmico), a "responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12, 13, 14, 18, 19, 20 etc.), ônus que tem como fundamento a TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO, ou seja, o empresário é livre para explorar o mercado, MAS O RISCO DESSE EMPREENDIMENTO É TOTALMENTE SEU (...). Não pode, por exemplo, através de cláusula contratual REPASSAR TAL RISCO PARA O CONSUMIDOR."

O Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes, ao prefaciar tese da Profª Vânia da Cunha Bueno, junto à EMERJ (*op. cit.*), comenta a obra de Paolo Gallo, na Itália (**Sopravvenienza Contrattuale e Problemi di Gestione del Contratto** - Ed. Giuffré, 1992), e diz provocar sua formulação CRESCENTE TRANSFERÊNCIA DE RISCOS, originariamente, do promitente para o estipulante. Suscita a superveniência contratual, problemas de gestão do contrato, conduzindo a duas situações distintas: A REVISÃO propriamente dos contratos, promovendo o Juiz a adaptação das prestações, ou a sua RESOLUÇÃO (...).

Nasce e se fortalece a Teoria do Risco do Negócio, como variante das alusivas à da **Imprevisão**, a engendrar a **Revisão** dos contratos, esmaecendo a Teoria da Intangibilidade dos pactos (*Pacta sunt Servanda*). ◆

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br