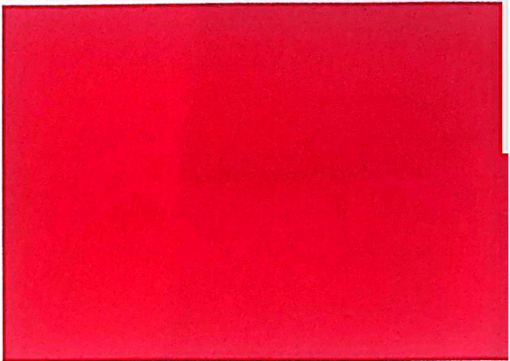




KARINA NUNES FRITZ
JÖRG NEUNER
REINHARD SINGER
STEFAN GRUNDMANN

O DIREITO PRIVADO EM TRANSFORMAÇÃO



ESTUDOS EM HOMENAGEM A
CLAUS-WILHELM CANARIS

KARINA NUNES FRITZ
JÖRG NEUNER
REINHARD SINGER
STEFAN GRUNDMANN

O DIREITO PRIVADO EM TRANSFORMAÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM A
CLAUS-WILHELM CANARIS

Diretor Editorial Gustavo Abreu
Diretor Administrativo Júnior Gaudereto
Diretor Financeiro Cláudio Macedo
Logística Lucas Abreu
Comunicação e Marketing Carol Pires
Assistente Editorial Matteos Moreno e Maria Eduarda Paixão
Assistente de Edição Ana Isabel Vaz
Designer Editorial Gustavo Zeferino e Luís Otávio Ferreira

Conselho Editorial Jurídico

Alessandra Mara de Freitas Silva	Edson Nakata Jr	Luiz F. do Vale de Almeida Guilherme
Alexandre Moraes da Rosa	Georges Abboud	Marcelo Hugo da Rocha
Bruno Miragem	Henderson Fürst	Nuno Miguel B. de Sá Viana Rebelo
Carlos Maria Cárcova	Henrique Garbellini Carnio	Onofre Alves Batista Júnior
Cássio Augusto de Barros Brant	Henrique Júdice Magalhães	Renata de Lima Rodrigues
Cristian Kiefer da Silva	Leonardo Isaac Yarochevsky	Salah H. Khaled Jr
Cristiane Dupret	Lucas Moraes Martins	Willis Santiago Guerra Filho

Todos os direitos reservados. Não é permitida a reprodução desta obra sem aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária Juliana da Silva Mauro - CRB6/3684

D598 O direito privado em transformação : estudos em homenagem a Claus-Wilhelm Canaris / organizado por Karina Nunes Fritz ... [et al.]. - Belo Horizonte : Casa do Direito, 2025.
488 p. ; 23 cm.

Inclui Bibliografia.
ISBN 978-65-5932-600-6

1. Direito privado. 2. Transformação do direito. 3. Estudos jurídicos. 4. Teoria do direito. I. Fritz, Karina Nunes. II. Canaris, Claus-Wilhelm. III. Título.

CDU: 341.9
CDD: 346

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito privado 341.9
2. Direito tributário 346



LETRAMENTO EDITORA E LIVRARIA
CAIXA POSTAL 3242 / CEP 30.130-972
av. Antônio Abrahão Caram / n. 430
sl. 301 / b. São José / BH-MG
CEP: 30275-000 / TEL. 31 3327-5771



É o selo jurídico do
Grupo Editorial Letramento

IMPOSSIBILIDADE E ALTERAÇÃO POSTERIOR DAS CIRCUNSTÂNCIAS: DELIMITAÇÕES NECESSÁRIAS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E DO BGB

Luiz Edson Fachin*

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk**

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem os objetivos de examinar a distinção entre o conceito de impossibilidade de cumprimento da prestação, constante do parágrafo 275 do BGB, e figura da revisão contratual por alteração de circunstâncias prevista no parágrafo 313 do BGB (alteração da base objetiva do negócio), bem como a análise dessas figuras jurídicas em cotejo com as opções legislativas do Direito brasileiro, especialmente os artigos 475 e 478 do Código Civil Brasileiro de 2002 (esta última expressamente definida como hipótese de resolução contratual por onerosidade excessiva).

A disposição constante do parágrafo 313 do BGB é inovação legislativa levada a efeito por ocasião da ampla reforma realizada naquele Código Civil no ano de 2002, e na qual Claus-Wilhelm Canaris exerceu notável protagonismo.

O pensamento de Canaris foi crucial para definir as balizas normativas que informam a revisão contratual por alteração da base do negócio, com suporte, sobretudo, no princípio da boa-fé – recolhendo, nes-

* Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Alma mater* Universidade Federal do Paraná.

** Professor Associado de Direito Civil da UFPR. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Advogado.

sa medida, construção jurisprudencial desenvolvida ao longo de mais de um século -, assim como para a redefinição das regras atinentes à impossibilidade de adimplemento da prestação (notadamente mediante a inserção da hipótese de impossibilidade prática).

Ao homenagear em Canaris a formulação de uma literatura jurídica refinada e de elevado grau de técnica jurídica, central para o Direito Civil contemporâneo, o pensamento sistemático aportou à doutrina jurídica contemporânea, especialmente nas famílias romano-germânicas ocidentais, uma contribuição maiúscula. Ao abrir janelas de diálogo propiciou também a *complementação mútua* entre o pensamento tópico e o sistemático¹.

A análise que aqui se propõe principia com a necessária distinção entre os conceitos de impossibilidade (*Unmöglichkeit*) e de alteração na base do negócio (*Störung der Geschäftsgrundlage*) no direito alemão. Nessa senda, realizar-se posterior comparação entre as noções de impossibilidade colhidas do BGB e a compreensão adotada pelo Direito brasileiro, distinguindo as noções de interesse e de possibilidade.

Na sequência, será examinada a alteração da base do negócio como hipótese de revisão contratual, ressaltado sua relação com a conservação do negócio jurídico – distinguindo-a da resolução contratual, que, *prima facie*, seria, a consequência jurídica primária decorrente da leitura acrítica do art. 478 do Código Civil.

Por fim, será efetuada análise comparativa dos elementos integrantes dos suportes fáticos hipotéticos do parágrafo 313 do BGB e do artigo 478 do Código Civil, de modo a aferir suas semelhanças e distinções, sem descurar das interpretações propostas pela doutrina que oferecem à opção normativa brasileira possível sentido além da literalidade.

2. A POSSÍVEL (E NECESSÁRIA) DISTINÇÃO ENTRE IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO E ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS

A reforma do direito das obrigações no Código Civil Alemão (BGB) manteve a figura jurídica da impossibilidade de realização da prestação (*Unmöglichkeit*) como hipótese na qual o devedor será eximido da realização da prestação específica.

¹ A propósito, cite-se: MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado : critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2018, p. 196.

A manutenção da figura da impossibilidade ocorreu a despeito de cogitações sobre a sua substituição integral pela noção de violação de dever,² tendo, porém, ao final, prevalecido a tese pela sua manutenção no âmbito da reforma – ainda que com a supressão da distinção, na norma positivada, entre impossibilidade subjetiva e impossibilidade objetiva.³

Trata-se de uma das modalidades de perturbação do cumprimento das obrigações (*Leistungstörung*).

A impossibilidade se define no BGB no § 275 I do BGB, que dispõe:

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(1) A pretensão ao cumprimento da prestação é vedada na medida em que esta for impossível tanto ao devedor quanto a qualquer outra pessoa.

Trata-se, pois, de afastar a pretensão ao cumprimento específico, o que não exclui, por evidente, a responsabilidade do devedor pela consumação do inadimplemento quando essa impossibilidade decorre da violação de dever jurídico.

O parágrafo, porém, prossegue, trazendo disposição baseada na doutrina de Canaris, sob a égide do conceito de impossibilidade prática (*Praktische Unmöglichkeit*), e que consiste na caracterização de uma inexigibilidade da prestação quando as despesas necessárias para o cumprimento específico forem excessivamente custosas.

Eis a redação da norma em comento:

§ 275 (...)

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem grossen Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(2) O devedor pode se negar ao cumprimento da prestação na medida em que isso requeira um esforço que, tendo em conta o conteúdo da obrigação e

² NORDMEIER, Carl Friedrich. O Novo Direito das Obrigações no Código Civil Alemão. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, [S. l.], n. 1, 2013, p. 210. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43502>. Acesso em: 31 maio. 2023.

³ Nada obstante a doutrina ainda realize a distinção, conforme STEINER, Renata. Descumprimento contratual: Boa-fé e violação positiva do Contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 181.

os requisitos de boa-fé, seja grosseiramente desproporcional ao interesse do credor no cumprimento da prestação.

Conforme Nordmeier,⁴ o exemplo usualmente citado para ilustrar a norma acima transcrita é o da obrigação de entrega de um anel que, todavia, antes do cumprimento da prestação, acaba por cair no mar. É teoricamente possível contratar profissionais que localizem e regatem o anel, permitindo o cumprimento específico. Há, porém, impossibilidade prática, diante da desproporcionalidade do esforço exigido do devedor frente ao conteúdo da obrigação e ao interesse do credor.

Convém atentar que embora essa impossibilidade prática seja derivada de fato superveniente à celebração do contrato, não se confunde com a alteração da base do negócio (objeto do parágrafo 313 do BGB).

Assim o BGB disciplina a alteração da base do negócio:

§ 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 an 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 BGB - perturbação da base do negócio (Störung der Geschäftsgrundlage).

§ 313. Alteração da base do negócio. (1) Tendo as circunstâncias que se viram de base para o contrato, depois de sua conclusão, alterando-se consideravelmente, de modo que as partes, tendo previsto tais alterações, não teriam celebrado o contrato ou o teriam feito em outras condições, pode então ser requerida uma adaptação do contrato se, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a repartição contratual ou legal dos riscos, a manutenção inalterada do contrato se mostrar irrazoável.

(2) Ocorre da mesma forma uma alteração das circunstâncias quando representações essenciais, que serviram de base para o contrato, revelam-se falsas.

4 NORDMEIER, Carl Friedrich. Op. cit., p. 212.

(3) Se a adaptação do contrato não for possível ou não exigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. No lugar do direito de resolução tem-se para as relações obrigacionais duradouras o direito de rescisão.”⁵

A alteração da base do negócio foi inserida no BGB pela reforma de 2002 como hipótese a autorizar revisão contratual, pautando-se, sobretudo, nas lições de Canaris.

O conceito de base do negócio – notadamente, a distinção entre uma base objetiva e uma base subjetiva – remonta os estudos de Oertmann⁶ e Larenz⁷, tendo sido objeto de desenvolvimento pela jurisprudência alemã.⁸

Embora, conforme ressalta Karina Nunes Fritz⁹, ao longo do século XX tenha se empregado em parte da doutrina alemã um alargamento do conceito de impossibilidade para abarcar hipótese de alteração de circunstâncias, é certo que a distinção conceitual desenvolvida desde Larenz e culminando em Canaris¹⁰ resultou, no âmbito da opção legislativa, na distinção entre os conceitos, estremados a partir de suas próprias características técnicas.

⁵ Tradução de FRITZ, Karina Nunes. Revisão Contratual e quebra da base do negócio. Revista Direito UNIFACS, n. 247, 2021.

⁶ BORGES, Nelson. A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178.

⁷ LARENZ, Karl. Base del Negocio Juridico e cumplimiento de los contratos. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de derecho Privado, 1956.

⁸ FRITZ, Karina Nunes. Revisão Contratual e quebra da base do negócio. Revista Direito UNIFACS, n. 247, 2021, p. 16. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 128.

⁹ FRITZ, Karina Nunes. Revisão Contratual e quebra da base do negócio. Revista Direito UNIFACS, n. 247, 2021, p. 18.

¹⁰ Citando a doutrina de Canaris, na distinção entre os conceitos, explica Reinhard Zimmermann: “But whether it does so depends on the applicability of the rules on change of circumstances (Störung der Geschäftsgrundlage) which is regarded as a conceptually different problem. The rules on change of circumstances had, prior to the reform, been worked out and generally recognized under the auspices of the general good faith rule of § 242 BGB and they had thus constituted one of the most famous examples of a judge-made legal doctrine; they have now found their statutory home in §313 BGB. ZIMMERMANN, Reinhard. The new German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 44.

A impossibilidade prática se configura a partir, primordialmente, da constatação de que a extensão do interesse do credor na prestação não justifica o esforço grosseiramente desproporcional do devedor para efetuar o adimplemento.

Na alteração da base do negócio, de outro lado, o que se configura é uma desproporção estrutural na equação econômico-financeira da relação obrigacional, que frustra os próprios fundamentos que residem na base do negócio.

Na hipótese de impossibilidade prática, o interesse do credor não se amplia por força do fato superveniente que ensejaria esforços grosseiramente desproporcionais por parte do devedor. Diversamente, quando a base do negócio é afetada, o interesse do credor também o é. Isso implica afirmar que, alterada a base do negócio, o agravamento dos ônus impostos ao devedor acaba por vir em benefício do credor, gerando manifesta distorção que afeta gravemente a equivalência da prestação de uma das partes.¹¹

Trata-se, ainda, no âmbito da alteração da base do negócio, aferir se o fato superveniente impõe ao devedor ônus que excedem os riscos normais do negócio, integrantes que são dos fundamentos constitutivos da própria relação obrigacional. Daí porque a norma do BGB se referir à “repartição contratual ou legal dos riscos”.

Além disso, enquanto a impossibilidade enseja extinção do contrato – diante da não exigibilidade da prestação – a alteração da base do negócio se coaduna com a *ratio* de conservação do negócio jurídico, mantendo-se devida a prestação, que, todavia, deverá ser objeto de revisão pelo juiz, de modo a afastar a distorção derivada do fato superveniente.

Assim, no direito alemão, não se pode confundir a alteração das circunstâncias que promove modificação na base objetiva do negócio com o conceito de impossibilidade prática.

Quando há por alteração da base objetiva do negócio a possibilidade de adimplemento permanece presente. O que se manifesta, todavia, é a desproporção entre as prestações com a imposição de ônus excessivos a um dos contratantes, o que não se coaduna com a distribuição de riscos inerente aos fundamentos do negócio – bem como dos parâmetros advindos da própria boa-fé objetiva.

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm O novo direito das obrigações na Alemanha. Revista da EMERJ. V. 7, n. 27, 2004, p. 116

Não se confundem, pois, os conceitos de impossibilidade e de alteração da base do negócio no Direito alemão, seja quanto à sua configuração técnica, seja quanto às suas consequências.

Cabe, destarte, na linha de análise proposta, avançar no cotejo entre os conceitos de impossibilidade no BGB e de incumprimento definitivo imputável ao devedor no sistema jurídico brasileiro.

3. IMPOSSIBILIDADE E INCUMPRIMENTO DEFINITIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Não são idênticos os conceitos de inadimplemento no direito brasileiro e de impossibilidade do direito alemão.

Canaris explica que o conceito de impossibilidade é uma “particularidade do Direito alemão, não encontrando paralelo nem no sistema legal anglo-saxão nem, por exemplo, no Código Civil da França”.¹²

A manutenção da impossibilidade no âmbito da reforma de 2002 assegura, porém, no dizer de Canaris, o direito do credor à execução específica, reforçando-o, ao mesmo tempo em que evita que credor sustente uma “obrigação que não se pode cumprir de forma alguma”.¹³

Nada obstante se trate, pois, na Alemanha, de figura jurídica autônoma, a impossibilidade é, também, relevante para o direito das obrigações no Brasil, integrando o conceito de inadimplemento definitivo ou absoluto.¹⁴

Com efeito, o inadimplemento pode ser integrado no seu suporte fático pela impossibilidade, embora esta não esgote o conceito pertinente ao incumprimento definitivo. Há inadimplemento definitivo imputável ao devedor quando este dá causa à impossibilidade de cumprimento da prestação específica – sendo controversa na doutrina, de longa data, se essa imputação é objetiva ou subjetiva, ou seja, de demanda ou não a configuração de culpa.¹⁵

¹² CANARIS, op. cit. p. 113.

¹³ CANARIS, idem.

¹⁴ STEINER, Renata. Op. Cit., p. 136.

¹⁵ Nessa linha, explica Judith Martins-Costa: “Não há dúvidas que em sentido estrito o inadimplemento é a não realização, imputável (ao devedor ou ao credor), da prestação devida, enquanto devida. Os problemas começam quando se tenta alcançar o conceito de imputabilidade, termo que indica o nexo de atribuição a alguém da conduta devida. A culpa compõe ou não o suporte fático? Em outras

Ao seu lado, porém, insere-se o não atendimento do interesse do credor. Ou seja: ainda que materialmente possível a prestação realizada em momento posterior ao avençado ou determinado por lei, ela não mais atende ao interesse daquele que à prestação tinha direito subjetivo. Por isso, o art. 475 do Código Civil assegura ao credor a opção entre a resolução do contrato, dando eficácia à cláusula resolutiva tácita, ou exigir a execução específica, ao dispor que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento”, devendo, ambas as escolhas, passar pelo necessário escrutínio da vedação ao abuso do direito (art. 178 do Código Civil).

Por evidente, quando a prestação é materialmente impossível, inviável será a escolha pelo cumprimento, avultando a relevância do conceito de impossibilidade – ao menos daquele que equivale, conceitualmente, ao § 275 (1) do BGB.

Sendo a prestação, porém, materialmente possível, é o interesse do credor que definirá se o contrato será resolvido ou se será exigida a execução específica.

Embora se trate de escolha do credor, no âmbito da autonomia privada, limites podem ser impostos com base na vedação ao abuso do direito.

palavras: a não realização da prestação devida é atribuível ao devedor (ou ao credor) apenas quando este (devedor ou credor) é culpado pela não realização da prestação? A doutrina (e não só a brasileira) está separada em dois grupos no que concerne à questão acima arguida. No primeiro, estão juristas de porte de Clóvis do Couto e Silva, Ruy Rosado de Aguiar Jr., Agostinho Alvim, Silvio Rodrigues, Serpa Lopes e Clovis Bevilacqua, para quem a imputabilidade é sempre culposa. No outro grupo estão juristas de não menor porte, como pontes de Miranda, Araken de Assis, Mario Julio de Almeida Costa, que discernem entre imputabilidade e culpa”. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações. Vol V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84-85. Sobre uma progressiva redução do papel nuclear da culpa no âmbito da imputabilidade do incumprimento, embora afirmando, ainda, a sua relevância MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Direito das Obrigações: São Paulo: Saraiva, 2017, p. 483. Filiando-se à perspectiva objetiva do inadimplemento, pode-se citar, entre outros, na doutrina contemporânea, a obra de LÔBO, Paulo. Direito Civil. Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233. Afastando a culpa, inclusive, do âmbito dos fundamentos do dever de reparação de danos no âmbito da responsabilidade contratual – e definindo a confiança como fator e imputação, ver CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo, RT, 2013, p. 262.

O adimplemento substancial pode impedir ao credor optar pela resolução, sob pena de violação do dever de colaboração inerente à boa-fé, visando ao atendimento dos fins do processo obrigacional. De outro lado, exigir cumprimento específico que viole gravemente a esfera jurídica do devedor, exigindo sacrifícios desproporcionais ao interesse do credor, pode ofender tanto a finalidade econômica da relação obrigacional quanto os deveres de proteção derivados da boa-fé objetiva.

Não se subsuma a última hipótese, como se observa, propriamente a um conceito específico de impossibilidade prática, tal como previsto no BGB em seu parágrafo 275 (2), mas, sim, à ilicitude da conduta que, no exercício de um direito, extrapola manifestamente os limites impostos pela boa-fé objetiva e pelas funções social e econômica da obrigação.

Apesar da ausência de identidade entre os conceitos de impossibilidade no Direito alemão e inadimplemento definitivo no Direito brasileiro, identifica-se, em ambos os ordenamentos, a distinção entre a impossibilidade da prestação e a superveniente alteração de circunstâncias apta a ensejar atuação jurisdicional (seja para revisar o contrato, seja para resolvê-lo).

Assim como no Direito alemão, uma distinção mensurável pode ser identificada no ordenamento jurídico brasileiro entre a figura da impossibilidade que enseja inadimplemento e a figura da onerosidade excessiva, ainda que ambas sejam disciplinadas pelo Código Civil como hipóteses de resolução do contrato.

O inadimplemento definitivo, todavia, deriva ou da impossibilidade ou da aniquilação do interesse do credor no cumprimento da prestação tal como pactuada. Diversamente, a onerosidade excessiva se qualifica a partir da desproporção que viola os ditames da justiça contratual objetiva, em razão de fato superveniente qualificado pelo legislador como extraordinário imprevisível como requisitos cumulativos, sem que haja a necessidade de demonstração de impossibilidade e adimplemento.

Como se observa, tanto no Brasil como na Alemanha, a impossibilidade (seja como figura autônoma, seja como elemento do inadimplemento) não se confunde com as hipóteses legisladas de alteração de circunstâncias aptas a gerar intervenção judicial nos contratos.

Cabe, agora, dar um passo adiante na análise proposta, investigando as distinções entre as figuras jurídicas previstas no artigo 478 do Código Civil (resolução por onerosidade excessiva) e no § 313 do BGB (a alteração da base do negócio), principiando pelos diferentes efeitos que emergem, *prima facie*, dos textos legais, uma vez consubstanciadas as hipóteses descritas em cada das normas.

4. CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO E ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ENTRE A ONEROSIDADE EXCESSIVA PREVISTA NO ARTIGO 478 DO CÓDIGO CIVIL E A ALTERAÇÃO DA BASE DO NEGÓCIO NO § 313 DO BGB

O § 313 do BGB, ao disciplinar a figura da alteração da base do negócio (*Störung der Geschäftsgrundlage*) é fiel à *ratio* de conservação do negócio jurídico, assumindo a revisão contratual como efeito *prima facie* da conformação fática à hipótese legal.

Daí o expreso comando constante da norma, ao dispor que “Tendo as circunstâncias que serviram de base para o contrato, depois de sua conclusão, alterando-se consideravelmente, de modo que as partes, tendo previsto tais alterações, ou não teriam celebrado o contrato ou o teriam feito em outras condições, pode então ser requerida uma adaptação do contrato”.

Essa adaptação, ou revisão do contrato, é assumida pela norma como regra geral.

A resolução é exceção, que tem lugar apenas “se a adaptação do contrato não for possível ou não exigível para uma das partes”.

Atende-se, assim, à lógica de conservação do contrato, permitindo o cumprimento específico das prestações (regra geral no ordenamento alemão), ainda que adaptadas às necessidades de restabelecimento do equilíbrio contratual.

Trata-se, por evidente, de norma de exceção no sistema, que se pauta em requisitos de razoabilidade e de adequada distribuição dos riscos entre as partes – em conformidade com as pressuposições que delas se poderia esperar razoavelmente quando à alteração ou à manutenção das circunstâncias. A regra, por certo, não é a revisão, mas o cumprimento da obrigação tal como pactuada.¹⁶

¹⁶ Interessante inovação legislativa decorre da reforma do Code Civil Francês, em 2016. A resistência histórica do Direito francês em adotar técnicas de revisão contratual foi superada pela norma do art. 1195 do Code, que, diante de imprevisível

Quando este se torna, porém, irrazoável, diante da alteração das circunstâncias, a opção legislativa *prima facie* é pela conservação do negócio, mediante sua adaptação pelo juiz.

O Código Civil Brasileiro, a seu turno, tem no artigo 478 nítida disposição legal que também visa a assegurar remédio jurisdicional em caso de alteração superveniente de circunstâncias. Trata-se da figura denominada pelo legislador de onerosidade excessiva.

Diversamente, porém, do texto legal do BGB, a literalidade da norma brasileira aponta, *prima facie*, para a resolução contratual, e não para a revisão.¹⁷ Esta seria possível nos termos do artigo 479, que dispõe: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Sendo, porém, a conservação dos negócios jurídicos também um princípio vetor das obrigações no Direito brasileiro, a doutrina, desde o advento do Código Civil, tem, majoritariamente, apontado para a possibilidade de o devedor prejudicado pela onerosidade excessiva requerer, desde logo, a revisão contratual.

Essa possibilidade é contemplada pela jurisprudência brasileira, como se afere de recentes julgados que enfrentam efeitos da pandemia da COVID-19.¹⁸

alteração de circunstâncias que gera onerosidade excessiva para uma das partes, gera à parte onerada o direito de pedir uma renegociação à outra parte. Somente se esta não resultar exitosa – seja por recusa em negociar, seja por ausência de acordo –, pode-se pedir ao juiz a revisão ou a resolução do contrato. Sobre o tema, LARROUMET, Chistian; BROS, Sarah. *Les Obligations. Le Contrat*. 8e. ed. Paris: Economica, 2016, p. 413-415.

¹⁷ Nesse sentido, em precisa análise crítica da opção *prima facie* do legislador, EHERHARDT JR, Marcos. *Revisão Contratual. A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 100.

¹⁸ À guisa de exemplo, pode ser citado o seguinte precedente do STJ: processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de aluguel entre shopping center e lojista. Superveniência da pandemia decorrente da Covid-19. Contratos paritários. Regra geral. Princípio do *pacta sunt servanda*. Possibilidade de revisão. Hipóteses excepcionais. Previsão do art. 317 do Código Civil. Teoria da imprevisão. Art. 478 do código civil. Teoria da onerosidade excessiva. Resolução. Interpretação sistemática e teleológica do dispositivo que autoriza também a revisão. Pandemia da covid-19 que configura, em tese, evento imprevisível e extraordinário apto a possibilitar a revisão do contrato de aluguel, desde que preenchidos os demais requisitos legais. Hipótese dos autos. Ausência de comprovação. Manutenção da decisão

Não se olvide, porém, que a regra vigente no Código Civil Brasileiro foi inspirada fortemente na regra do artigo 1467 do Codice Civile Italiano, que dispõe:

Art. 1467.

Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou seja, de execução diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa por se verificarem eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no artigo 1458.

A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente se enquadra na álea norma do contrato.

A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la se oferecendo para modificar equitativamente as condições do contrato.¹⁹

Como se observa, tanto na Itália quanto no Brasil, o texto legal traz opção *prima facie* pela resolução.

Relevante doutrina italiana, porém, diversamente do que ocorre no Brasil, toma essa opção literal como regra cogente, admitindo a revisão apenas por iniciativa da parte demandada:

A modificação das condições econômicas pode ser demanda apenas pela parte requerida em juízo. E como nos contratos aos quais se aplica a onerosidade excessiva se trata de partes simultaneamente credoras e devedoras, cabe quem é requerido, ou seja, à parte a quem reveste a qualidade de requerida, oferecer a redução à equidade, enquanto a parte onerada não a pode requerer, podendo apenas demandar a resolução do contrato se a ele assistirem os pressupostos.²⁰

recorrida. (...) (REsp n. 2.032.878/GO, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 20/4/2023.)

¹⁹ Art. 1467 - 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.

²⁰ “La modifica delle condizioni economiche può essere domandata solo dalla parte convenuta in giudizio. E siccome nei contratti a cui si applica l'eccessiva onerosità si tratta di parti entrambe creditrici e debitorici, spetta a chi è convenuto, cioè alla parte che riveste la qualità di convenuto, di offrire la riduzione ad equità, mentre la parte onerata non può chiederla, può solo domandare la risoluzione del contratto

Essa opção legislativa é sujeita a críticas doutrinárias, a ponto se se afirmar que o artigo 1467 seria expressão da inadequação dos instrumentos legais aos problemas relativos aos fatos supervenientes, precisamente por não assegurar à parte prejudicada pela onerosidade excessiva a possibilidade de revisão contratual.²¹

Trata-se da mesma opção legislativa do Direito brasileiro. Aqui, porém, diversamente do que ocorre na Itália, a hermenêutica sistemática do texto legal permitiu à doutrina e à jurisprudência superarem a limitação aparentemente imposta *prima facie*, para admitir o emprego do artigo 478 como instrumento de revisão contratual à disposição também da parte prejudicada pela onerosidade excessiva, a exemplo da salutar opção do Direito alemão.

se ne sussistano i presupposti”. (ALPA, Guido. Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata. Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria. Lorenza Calcagno, Fabrizio Di Marzio e Sara Lembo e Salvatore Leuzzi (coord.). Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria. Roma: Scuola superiore della magistratura, 2022).

²¹ Nesse sentido, colhe-se da doutrina italiana: “l’art. 1467 c.c. è sicuramente un’espressione di inadeguatezza degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze, dal momento che riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio, in quanto da esso avvantaggiata. Ciononostante, sempre la norma in parola è dimostrativa di come l’ordinamento privilegi la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale. Non è accidentale, infatti, che la richiesta di riconduzione ad equità del contratto abbia l’effetto di vanificare la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze. È da dire che la preferenza accordata alla revisione e, dunque, anche alla rinegoziazione quale rimedio ideale, in grado di realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, non si rinviene soltanto nell’art. 1467 c.c.: essa trova conferma generalmente nella disciplina speciale delle fattispecie contrattuali necessariamente o funzionalmente influenzate dal fattore tempo”. LEUZZI, S. Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale. Relazione tematica n. 56/2020 dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo – Corte Suprema di Cassazione. https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf

5. DAS SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE OS SUPORTES FÁTICOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA PREVISTA ARTIGO 478 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E DA ALTERAÇÃO DA BASE DO NEGÓCIO CONSTANTE DO § 313 DO BGB

A par do exame dos efeitos da conformação das hipóteses legais do artigo 478 do Código Civil Brasileiro do § 313 do BGB, impende analisar os suportes fáticos hipotéticos descritos em ambas as normas, de modo a aferir semelhanças e distinções.

A existência de semelhanças é evidente, sendo afirmada, inclusive, pelo próprio Claus-Wilhelm Canaris: “A reforma da lei das obrigações incorporou este conceito ao Código Civil Alemão, que agora tem uma cláusula específica, que se assemelha aos Artigos 478-4789 do Código Civil brasileiro”.²²

O autor passa, na sequência, a descrever os requisitos caracterizadores do parágrafo 313 do BGB, apontando que é necessário que os fundamentos do negócio (a base do negócio) sejam substancialmente alterados, “e que uma das partes seja excessivamente onerada pelos termos originalmente contratados”. Prossegue afirmando que “todas as circunstâncias devem ser consideradas para se determinar se o ônus é ou não razoável”, e se o contrato ou as regras jurídicas atribuem “um risco de distorção substancial da equivalência da prestação a uma das partes”.

Pode-se afirmar que esses requisitos também integram o artigo 478 do Código Civil, que dispõe:

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.

Tanto a regra sobre alteração da base do negócio (§313 do BGB) quanto a regra sobre resolução por onerosidade excessiva (art. 478 CCB) dizem respeito a contratos de duração, descrevem, em seu suporte fático hipotético, a ocorrência de fato superveniente à celebração do contrato (descrito mais amplamente no §313 do BGB, em melhor técnica, como alteração da base do negócio). Tanto em uma como em

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. Revista da EMERJ. V. 7, n. 27, 2004, p. 115.

outra norma, as alterações supervenientes geram ônus excessivo para uma das partes – embora o Código Civil brasileiro se refira, também, a extrema vantagem para a outra parte.

Verifica-se, também, na dicção do §313 do BGB que a caracterização da hipótese descrita na norma demanda a demonstração de que se as partes houvessem previsto as alterações na base do negócio não teriam celebrado a avença ou, ao menos, o teriam feito em outras condições.

Há, aqui, um componente pertinente à previsibilidade ou imprevisibilidade da alteração de circunstâncias. Ocorre que essa (im)previsibilidade é aferida, na norma do BGB, a partir da noção de riscos do negócio, ou seja, atentando para, *in verbis*, a “repartição contratual ou legal dos riscos”.

Já era assim, diga-se, em Larenz, para quem a alteração da base do negócio deveria ser imprevisível, assumindo-se, porém, como conteúdo desse conceito, os riscos ordinários do negócio.²³

Atende ao requisito normativo, assim, a alteração das circunstâncias que afeta a distribuição legal ou contratual de riscos entre as partes – sendo quanto a esses riscos que se dirige a (im)previsibilidade.

Diversa é a opção legislativa brasileira, que, pautando-se, nesse ponto, integralmente na norma do Código Italiano, qualifica o fato superveniente que altera as circunstâncias como extraordinário e imprevisível. Note-se que são duas qualidades cumulativas, e, portanto, distintas em seu conteúdo. Se o imprevisível, na Alemanha, é o que ultrapassa a álea do contrato, tal definição, na Itália, se refere ao caráter extraordinário do evento superveniente – e, portanto, a apenas uma das qualidades necessárias ao preenchimento do suporte fático da norma.

A identificação da regra do artigo 478 do CCB com a demonstrada origem italiana não implica, por certo, afirmar a irrelevância do conceito de base objetiva do negócio para a interpretação adequada da norma constante do ordenamento jurídico brasileiro. O fato de ter o Código Civil brasileiro, a exemplo do Código Civil italiano, cumulado os requisitos da extraordinariedade e da imprevisibilidade, não afasta a constatação de que adequada compreensão da alteração de circunstâncias impõe a necessidade de uma análise em concreto da base objetiva no momento da celebração do contrato, e das alterações ensejadas pela modificação das circunstâncias.

²³ LARENZ, Karl. Op. Cit. p. 226.

A noção de base do negócio é conceito técnico, que, mesmo não sendo textualmente contemplado pela norma, é ferramenta essencial para a sua correta hermenêutica.

É dizer: cabe aferir, para constatar se existe ou não o caráter extraordinário da alteração de circunstâncias, se os riscos materializados de modo superveniente já integravam ou não a base objetiva do negócio quando a avença foi celebrada.

Isso permite concluir que, ao menos quanto ao requisito da extraordinariedade, resta evidenciada a utilidade do conceito técnico de base objetiva para a adequada hermenêutica do artigo 478.

A dificuldade que remanesce diz respeito ao requisito da imprevisibilidade, que, assim no Brasil como na Itália, não se confunde com o caráter extraordinário do evento superveniente - nada obstante a vinculação entre essas qualidades seja levada a efeito por relevante doutrina no direito pátrio.²⁴

O caráter extraordinário é objetivamente aferível a partir da repartição legal ou convencional dos riscos do negócio – podendo se pautar, inclusive, em análise sobre a repartição ordinária dos riscos em negócios da mesma natureza. Daí falar-se em risco normal do negócio, sendo extraordinário aquele que o excede. Por isso, para constatar esse caráter, útil é o conceito de base objetiva.

²⁴ Nesse sentido: “Ao abandonarmos a concepção voluntarista de outrora, percebemos que, como percepção externa das vicissitudes do contrato, a imprevisibilidade se conecta intimamente com a extraordinariedade do evento. O extraordinário reforça o imprevisível. Conjugando-se os dois qualificativos, temos que só os riscos absolutamente anômalos e subtraídos da possibilidade de razoável previsão e controle dos operadores econômicos são capazes de levar o contrato à resolução.” ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil. Contratos. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2015, p. 563. Otavio Luiz Rodrigues Junior, a seu turno, é contundente ao afirmar que “Já é tempo de ser superado o debate estéril e sem maior utilidade real sobre o caráter de imprevisão ou imprevisibilidade das circunstâncias futuras. Eliminem-se a negligência, a imprudência e a imperícia. Observem-se as cautelas, o cálculo, a exação de um bom pai de família. Afastem-se os acontecimentos inevitáveis, quase sempre associados a eventos naturais. Após todas essas exclusões, será possível investigar os acontecimentos supervenientes e interpretá-los no âmbito da execução do contrato, à luz dos modernos princípios contratuais, e concluir sobre a possibilidade de ser aplicada a teoria da imprevisão, cujo nome já apresenta sinais evidentes de esgotamento histórico”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 143.

O caráter imprevisível, porém, é definido no direito italiano como integrante de uma dimensão subjetiva. A imprevisibilidade, nessa linha, é assim definida pela jurisprudência da corte de Cassação Italiana:

*O caráter de extraordinariedade é de natureza objetiva, qualificando um evento com base na apreciação de elementos, como a frequência, a dimensão, a intensidade, suscetíveis de medição (e portanto, de modo a permitir, através de análises quantitativas, classificações pelo menos de caráter estatístico), enquanto a característica da imprevisibilidade tem fundamento subjetivo, fazendo referência à fenomenologia do conhecimento.*²⁵

Destaque-se, pois, que não se trata, de fato simplesmente imprevisto, ou seja, aquele que as partes concretamente não anteciparam, mas, sim, de fato que não poderia ser razoavelmente previsto pelo contratante se este empregasse a diligência normalmente esperada para aquele contrato, naquele contexto.

Há, porém, componente adicional. Não parece adequado vincular o conceito de imprevisibilidade apenas a uma concepção abstrata de homem médio, de modo que a diligência esperada do contratante deve levar em conta a concretude de sua condição pessoal como explicam Tepedino, Konder e Greco Bandeira:

*Na avaliação da imprevisibilidade, a referência generalista e tradicional ao “homem médio” ou “bom pai de família” deve ser temperada por padrões de conduta individualizantes, que levem em conta, por exemplo, a natureza do contrato, as características dos contratantes, seus conhecimentos e aptidões, bem como as condições do mercado, em termos de uma análise também de probabilidade.*²⁶

Assim, ainda que os requisitos da extraordinariedade e da imprevisibilidade não se confundam no direito brasileiro, e seja a imprevisibilidade dotada de um dado sentido subjetivo, é certo que não há viabilidade em se assumir esse caráter de subjetividade como vinculado ao não previsto pelo contratante.

²⁵ “Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza”. (Cass. 19 outubro de 2006, n. 22396). No mesmo sentido, Cass., 23 fevereiro de 2011, n. 2661.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil. Contratos. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 139.

Diversamente, a imprevisibilidade deve ser aferida a partir dos elementos fáticos presentes no momento da contratação, bem do exame concreto a respeito das condições de um dado contratante razoavelmente prever o fato superveniente que, ao final, acabou por se consubstanciar, ensejando a hipótese de onerosidade excessiva.

Bem se observa que, ainda que haja uma vinculação entre o conceito de imprevisibilidade e a condição concreta do contratante, são elementos fáticos – e, portanto, a rigor, objetivos – que permitirão ao julgador aferir se no momento da celebração do contrato estava ou não presente, como dotada de razoável previsibilidade, a possibilidade de consubstanciação dos fatos supervenientes que vieram a perturbar o equilíbrio da relação contratual.

Por tudo isso, a alteração da base do negócio não é alheia ao conceito de imprevisibilidade. Essa imprevisibilidade, porém, no Direito alemão, se refere aos riscos normais do negócio, ao passo que, no Direito brasileiro, a dicção da norma parece apontar para a caracterização de um requisito distinto, que transcende a noção de riscos normais do negócio – esta última se referindo ao caráter extraordinário da alteração de circunstâncias.

Nessa linha de raciocínio, a imprevisibilidade no direito alemão seria diversa da imprevisibilidade no direito italiano – e, portanto, também no direito brasileiro.

Por isso, no Direito brasileiro, os requisitos da extraordinariedade e da imprevisibilidade são indicados na norma do artigo 478 como conceitos distintos e cumulativos, ainda que exista inegável conexão entre eles.

Embora a imprecisão de que se reveste o conceito de imprevisibilidade seja passível de críticas – sobretudo se compreendido como diverso daquilo que excede os riscos normais do negócio –, a mesma segurança jurídica que pode ser invocada em oposição à sua manutenção como requisito da revisão contratual demanda cautela quanto aos limites hermenêuticos impostos pelo texto normativo.

Se a norma se faz em concreto, a partir da força construtiva dos fatos, ela se pauta, também, no olhar que se lança ao pretérito, na edificação do texto posto, do qual emergem possibilidades, mas também limites.

Ao intérprete, assumindo a segurança jurídica como cavaleiro de duas épocas,²⁷ cabe atentar para esses limites, delimitando aquilo que integra o mister hermenêutico e aquilo que compõe legitimamente os arquétipos legislativos.

6. CONCLUSÃO

A distinção entre a impossibilidade de adimplemento (seja como figura jurídica autônoma, no Direito alemão, seja como hipótese de inadimplemento definitivo no Direito brasileiro) e a alteração de circunstâncias apta a gerar revisão contratual está presente tanto na Alemanha quanto no Brasil, não sendo possível, em qualquer dos ordenamentos jurídicos, confundirem-se os conceitos.

Não parece haver, em ambos os sistemas, a definição da impossibilidade como um dos requisitos para a revisão contratual, seja com base no § 313 do BGB ou no art. 478 do Código Civil.

Isso traz à tona o maior acerto da opção legislativa alemã quanto à inserção da hipótese de alteração da base objetiva do negócio no âmbito da conservação da relação negocial, preferindo, assim, a revisão, à extinção. Diversamente, a literalidade do Código Civil Brasileiro inverte essa lógica, tratando da onerosidade excessiva, primordialmente, como hipótese de resolução contratual – primazia esta, que, como exposto, é superável por interpretação sistemática -, ao lado da impossibilidade material imputável ao devedor ou da aniquilação do interesse do credor quanto à realização da prestação.

O exame conjunto das opções legislativas integrantes dos sistemas aqui analisados permite, ainda, identificar diferenças nos suportes fáticos das figuras do § 313 do BGB e do art. 478 do Código Civil – este último, não imune a críticas doutrinárias, e a propostas interpretativas que buscam aproximá-lo da *ratio* da base objetiva do negócio, afastando-o da interpretação oferecida pela jurisprudência italiana (relevante para o estudo do tema, diante da similitude entre as normas constantes do CCB e do *Codice Civile*).

²⁷ “Diante dessa dualidade imbricada, é a segurança jurídica um cavaleiro de duas épocas: tanto segue ou arrosta os arquétipos legislativos, bem como, sem preconceitos nem cópias colonizantes, apreende a força construtiva dos fatos sociais complexos”. FACHIN, Luiz Edson. Segurança Jurídica entre ouriços e raposas. Carta Forense. Agosto de 2013.

Cabe, por fim, ressaltar a relevância do estudo comparativo²⁸, bem como da apurada doutrina de Canaris a respeito dos temas aqui examinados, para propiciar uma aferição crítica sobre aquilo que na legislação civil brasileira merece ser objeto de revisão, e aquilo que, diversamente, integra as distinções próprias aos sistemas jurídicos analisados, não admitindo pura e simples importação de conceitos doutrinários e soluções normativas.

²⁸ Anotamos, por cabível, nessa perspectiva de semear nos caminhos comparatistas, a contribuição seminal de PONTES DE MIRANDA na obra *Brasilien Codigo Civil, mit Übersetzung, Einleitung und Anmerkungen*, colaborando ao lado de Fritz Gericke; publicação na coleção sobre as leis civis modernas de Karl Heinsheimer. Mannheim, Berlin, Leipzig : J. Bensheimer, 1928. 384 p.