

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.

por

Wagner Mota Alves de Souza

---

Artigo apresentado à Comissão Editorial da Revista do Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador - Bahia  
Julho, 2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA -  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Área de Concentração: Direito Privado e Econômico.

Área Específica: Direito Civil.

Título: 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*.

Subtítulo: O Primado da Coerência e as Situações de Certeza Subjetiva.

Autor: Wagner Mota Alves de Souza.

Titulação: Advogado; Mestrando em Direito Privado e Econômico da UFBa.

Endereço Postal: Rua Gal. Bráulio Guimarães, nº 01, Jardim Armação, Salvador, Bahia, CEP: 41.750-000.

Endereços Eletrônicos: [wagnermas@hotmail.com](mailto:wagnermas@hotmail.com); [wagnermass@yahoo.com.br](mailto:wagnermass@yahoo.com.br).

Artigo apresentado à Comissão Editorial da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador – Bahia  
Julho, 2005

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.

Wagner Mota Alves de Souza

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A cláusula *rebus sic stantibus* – 3. Teoria da pressuposição: 3.1 Críticas de Lenel - 4. A teoria da base do negócio jurídico: 4.1 A teoria eclética de Larenz - 5. A doutrina *nemo potest venire contra factum proprium* - 6. Contradições Aparentes e Existentes - 7. Conclusão - 8. Bibliografia.

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a realizar uma análise sobre uma situação conflituosa que se revela quando as teorias da pressuposição, da base negocial e a cláusula *rebus sic stantibus* são interpretadas à luz da doutrina *venire contra factum proprium*. Estas influentes e intrigantes teorias que flexibilizaram o cumprimento dos contratos e tolheram o seu poder de coerção sobre as partes contratantes, em princípio, permitiriam que estas atuassem de modo contraditório (pelo menos sob o prisma objetivo) ao pretender o desfazimento do vínculo negocial. De outro lado, a doutrina acima referida busca vedar comportamentos contraditórios nas relações jurídicas. Assim, após discorrer brevemente sobre as teorias e doutrina mencionadas, será buscada uma resposta a este aparente impasse, apontando-se a necessidade de compatibilização entre estas teorias.

PALAVRAS-CHAVE: Civil; Obrigações; Impossibilidade de Cumprimento; Teorias.

ABSTRACT:

KEYWORDS:

## 1.0 Introdução.

No contexto sócio-econômico pós Revolução Francesa, o liberalismo ganha proporções extraordinárias e seus reflexos são sensivelmente percebidos nos domínios do Direito, particularmente, no Direito Civil.

O contrato, instrumento imprescindível à satisfação de interesses econômicos, pois viabilizador da circulação de riquezas, sofre um processo de blindagem que o torna praticamente invulnerável a pretensões de desfazimento. Trata-se de um momento no qual vigoram, praticamente, sem restrições os princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos.

Em meados do século XVIII e início do século XIX surgem teorias que tolhem o exacerbado poder de coerção e vinculatividade dos contratos, especialmente as teorias da pressuposição e da base do negócio jurídico. Nesta mesma época houve o importante resgate da secular doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, que cumpriu semelhante função além de servir de lastro teórico para as referidas teorias.

A proteção até as últimas conseqüências do princípio da segurança jurídica pela maioria dos ordenamentos jurídicos europeus vigentes no início do século XIX e pela jurisprudência influenciada pela Escola de Exegese, na França, proporcionou situações de flagrante injustiça que motivaram o surgimento das referidas teorias. Estas acenderam uma chama iluminando caminhos menos tortuosos a serem trilhados pelos juízes na busca pela justiça.

Por outro lado, estamos diante de uma doutrina pouco divulgada no Brasil que trata do comportamento contraditório no Direito: a doutrina *nemo potest venire contra factum proprium*.

Ingressa-se na seara da teoria dos exercícios inadmissíveis, como é chamado pela doutrina portuguesa, que tem como um dos pilares o *venire contra factum proprium*, doutrina que busca vedar comportamentos contraditórios no Direito.

A questão que este trabalho se propõe a enfrentar consiste no fato de verificar se existe alguma contradição entre as teorias da cláusula *rebus sic stantibus*, da pressuposição e da base negocial em face da doutrina *nemo potest venire contra factum proprium*, uma vez que o comportamento de alguém que realiza um negócio jurídico e posteriormente reclama sua resolução apresenta-se aparentemente como contraditório, pelo menos sob o prisma objetivo.

## **2.0 A Cláusula *Rebus Sic Stantibus*.**

A origem da cláusula *rebus sic stantibus* encontra seus fundamentos num texto de Neratius, segundo o qual: “*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. Seu surgimento e desenvolvimento deram-se na Idade Média com os glosadores e o Direito Canônico.

A doutrina da cláusula *rebus* considera legítima a pretensão de dissolução de contratos comutativos de trato sucessivo ou com pendência futura quando as circunstâncias fáticas normais existentes no momento da celebração dos mesmos alteram-se de modo a escapar da esfera de previsibilidade dos pactuantes.

Trata-se de uma cláusula implícita nos contratos comutativos com projeção no tempo, como bem observa Caio Mário:

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 as que vigoravam no da celebração.  
(CAIO MÁRIO, 1975, p. 107/108)

A doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* atravessou os séculos e permaneceu viva na ciência jurídica, sendo, inclusive, tratada por renomados autores jusnaturalistas como Grocio e Puffendorf.

Todavia, em fins do século XVIII, a referida doutrina caiu em descrédito, principalmente em razão do surgimento da Escola de Exegese, na França, e da Escola Histórica do Direito, na Alemanha, que repudiavam a corrente jusfilosófica do Direito Natural.

A Escola de Exegese surge concomitantemente com o liberalismo econômico pós-revolucionário cuja ideologia estava preocupada em salvaguardar os interesses da burguesia preservando a todo custo o princípio da segurança jurídica e

aprisionando os magistrados, ainda comprometidos com o Antigo Regime, aos limites estreitos da lei, permitindo nada além da interpretação gramatical e restringindo ao máximo o desenvolvimento judicial do direito. Qualquer construção teórica da ciência do Direito que estivesse desgarrada ou fosse além do Código de Napoleão (1804) era repudiada e sua aplicação era considerada puro arbítrio judicial. Assim, a doutrina da cláusula *rebus* sofreu duro golpe. Na Alemanha, a Escola Histórica que buscava um novo fundamento para o direito baseado nas instituições históricas formadas pelo costume, preocupada com o *usus modernus pandectarum* – atuação dos pandectistas no sentido de estabelecer uma correlação entre a lei romana e os costumes locais -, passa a repudiar o Direito Natural e, conseqüentemente, a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* passa a ser esquecida.

O resgate da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* ocorre após o declínio das Escolas Histórica e de Exegese, no início do século XX, pouco antes da Primeira Guerra Mundial, com Erich Kaufmann. Todavia, o ressurgimento da referida doutrina passou despercebido, pois a obra de Kaufmann tratava basicamente do Direito Internacional Público. Após a Primeira Guerra, Krügkman e Locher desenvolvem a doutrina da cláusula *rebus* e assinalam o seu retorno definitivo à ciência do direito na Alemanha.

A Primeira Guerra Mundial foi decisiva para o resgate da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*. A economia européia entrou em colapso e muitos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida foram afetados de modo a tornar excessivamente oneroso o cumprimento das obrigações assumidas. De fato, a ruptura drástica das circunstâncias fáticas normais existentes no momento da celebração dos referidos contratos

gerou o desequilíbrio extremo na equivalência das prestações. A jurisprudência percebe, então, que os princípios da força obrigatória e da intangibilidade dos contratos devem ser relativizados, pois, caso contrário, diversos contratantes seriam inexoravelmente conduzidos à completa ruína. Aí ressurgiu, com toda sua força, a cláusula *rebus sic stantibus* permitindo a resolução do contrato ou o reajuste das prestações de modo a restabelecer o equilíbrio rompido. Serviu, inclusive, de lastro teórico para importantes teorias como, mais recentemente, a teoria da base do negócio e da imprevisão.

### **3.0 A Teoria da Pressuposição.**

O início do século XIX foi marcado pelo florescimento do liberalismo econômico. Parte dos países europeus, particularmente a França com Código de Napoleão (1804), buscou desenvolver um corpo legislativo com pretensões a esgotar o âmbito de regulação jurídica da conduta humana.

O contrato, instrumento hábil a permitir a circulação de riquezas e imprescindível aos interesses burgueses, passa por um processo de blindagem que o torna praticamente invulnerável a pretensões de desfazimento. A autonomia da vontade, corolário do liberalismo econômico, permitia que sujeitos de direito limitassem sua esfera de liberdade assumindo obrigações, tendo, em contrapartida, direitos a serem exercidos.

Operado o consentimento no sentido da celebração do contrato, passavam a atuar de modo avassalador os princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos. Praticamente nada poderia modificar ou dissolver o acordo de vontades por mais



injustas que fossem as cláusulas nele contidas, a não ser a própria autonomia da vontade, manifestando-se sob a forma de distrato, ou situações excepcionais previstas em lei que permitiam ao juiz desfazê-lo. Fora da lei só havia o arbítrio.

O princípio da segurança jurídica precisava de superior proteção para satisfazer às necessidades burguesas de solidez e continuidade no tráfego comercial. A justiça, enquanto valor ético-social, ficou relegada a plano inferior.

Em meados do século XIX, precisamente em 1850, percebendo a manifesta injustiça causada pela situações de impossibilidade superveniente de cumprimento da prestação, e o comprometimento ideológico que obstava a criação de uma resposta satisfatória pela maioria dos ordenamentos vigentes, Windscheid desenvolve a teoria da pressuposição. Teoria esta que representou duro golpe aos princípios da intangibilidade e força obrigatória dos contratos.

Consistia a teoria do ilustre pandectista alemão no fato de o contratante, no momento da celebração de determinado negócio jurídico, ter a certeza subjetiva que determinado fato ocorreu ou ocorrerá ou que determinada situação fática permanecerá no futuro, lastreando sua vontade negocial na convicção destes fatos. Sendo que a ausência desta certeza subjetiva inibiria a celebração do negócio.

Imprescindível a transcrição do entendimento de Karl Larenz acerca da referida teoria, *in verbis*:

*Windscheid entendía por <<presuposición>> una limitación de la voluntad, exteriorizada en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez sólo para el caso, que o declarante considera cierto y, por tanto, no puso como <<condición>> (en sentido técnico-jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia. Si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera.*  
(LARENZ, 2002, p. 18)

Antunes Varela, eminente civilista português, elucida com exemplos precisos a teoria da pressuposição, conforme se verifica da transcrição que segue, *in verbis*:

O dono da fábrica encomendou uma grande partida de algodão, convencido de que o barco com a matéria-prima adquirida a uma outra firma se afundara na viagem. O empregado bancário alugou casa de veraneio, em Itaparica, para o mês de janeiro, persuadido de que gozaria nesse mês as férias a que tem direito. O tio legou todos os bens a um dos dois sobrinhos, convencido de que o outro morreu num acidente de viação.  
(ANTUNES VARELA, 1978, p. 90)

Ora, a questão crucial que se apresenta é como solucionar o problema advindo da inoccorrência dos fatos pressupostos. Não verificada uma situação de certeza subjetiva que fundamenta a declaração de vontade negocial estaria o contratante obrigado, ainda assim, a cumprir a prestação devida?

A jurisprudência dos países europeus inclinou-se, durante muito tempo, à tese de aplicabilidade dos princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos sem restrições, fechando os olhos para as hipóteses de extrema desigualdade e injustiça na execução do contrato, determinando ao devedor seu cumprimento incondicional.

Windscheid defendia a tese de que, em situações como esta, tendo a contraparte conhecimento da pressuposição, a medida mais próxima da equidade apontaria para dissolução do negócio jurídico, pois a vontade efetiva não coincide com a vontade verdadeira que deve ser privilegiada. A vontade efetiva, manifestada no momento da celebração do negócio, sofreria uma auto-limitação implícita subjetiva circunscrita ao universo do declarante, mas que chega ao conhecimento do declaratário.

O fato é que como o declarante parte da certeza subjetiva de que um fato ocorreu ou ocorrerá e, por isso, não subordina a eficácia do negócio ao implemento da situação cogitada.

Deve-se ter clara a idéia que a vontade real do declarante pressupõe determinada situação fática que não se realiza. O negócio, embora consentâneo com a vontade efetiva, afasta-se da vontade real, sendo completamente pertinente a identificação da teoria da pressuposição com um condição não declarada, ou melhor, não desenvolvida.

### **3.1 Críticas de Lenel**

Ao analisar a teoria da pressuposição, Lenel é incisivo ao afirmar que não haveria distinção entre esta e os motivos ensejadores da declaração de vontade.

Utiliza como exemplo o caso de um pai que, ao adquirir um anel de ouro para sua filha, tem a certeza subjetiva (pressuposição) que, em breve, será realizado o casamento desta e anuncia ao vendedor tal fato como o motivo a ensejar a compra.

Por sorte ou azar o casamento acaba não se realizando e aí, então, indaga Lenel: o vendedor está adstrito ao motivo conhecido declarado pelo pai da noiva? Estará ele obrigado a aceitar a dissolução do contrato de compra e venda?

Responde ele de forma peremptória que não.

Fundamenta sua objeção à teoria de Windscheid afirmando que não há distinção entre pressuposição e motivo. Ou pressuposição é condição, se declarada e aceita, integrando o negócio e operando vinculativamente, ou é motivo da declaração, e cai no âmbito de irrelevância jurídica quando não expressa como motivo determinante da declaração.

Não haveria um meio termo entre condição e motivo. Uma realidade objetiva destoante da pressuposição formulada cairia no âmbito da teoria do erro nos motivos. Seria, portanto, desnecessária e contrária aos interesses do tráfego do comércio jurídico a teoria da pressuposição por estar em certa tensão com o princípio da segurança jurídica, uma vez que um motivo situado fora do contrato poderia obstar a propagação de seus efeitos.

Outra crítica repousa sob o argumento que seria igualmente injusto ao declaratório suportar o desfazimento do negócio em razão de chegar ao seu conhecimento os motivos. Se a eficácia do negócio não estava subordinada à condição ou se o motivo não

foi expresso como único determinante para celebração, não haveria como retroceder ao acordo firmado.

A teoria de Windscheid chegou a ser aceita no 1º Projeto do Código Civil alemão, mas, diante das duras críticas de Lenel, a Comissão designada para segunda discussão sobre o projeto acabou por banir do texto legal a teoria da pressuposição.

#### **4.0 A Teoria da Base do Negócio Jurídico.**

As nefastas conseqüências advindas da Primeira Guerra Mundial no campo econômico, sobretudo a inflação, criaram condições propícias para o acolhimento da teoria da pressuposição que foi desenvolvida na obra de Oertmann. (LARENZ, 2002, p. 21)

Oertmann preocupou-se em aperfeiçoar a teoria da pressuposição, buscando responder às críticas de Lenel acerca da suposta equivalência entre pressuposição e motivos irrelevantes.

Defendia que a representação mental acerca de circunstâncias pretéritas, presentes ou futuras, marcada pela certeza subjetiva de sua realização, no momento da celebração do negócio jurídico, poderia obstar a irradiação de seus efeitos se fosse não só *conhecida*, mas também *não contestada* pelo declaratório.

Em 1921, Oertmann, em sua obra *A Base Negocial (Die Geschäftsgrundlage)*, trata pela primeira vez da teoria da base do negócio jurídico. Segunda

esta teoria, a representação mental de uma das partes conhecida e não impugnada pela outra (ou de ambas as partes), no momento da celebração do negócio jurídico, acerca da existência ou não de certas circunstâncias pretéritas, presentes ou futuras que embasam a vontade negocial, não correspondente à realidade objetiva, facultaria à parte prejudicada a resolução ou denúncia do contrato dependendo da natureza das prestações.

Larenz refere-se expressamente à definição de Oertmann, *in verbis*:

*<<La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial.>>  
Si no existen estas circunstancias o desaparecen posteriormente sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte por ello perjudicada debe, según Oertmann, tener un Derecho a resolverle contrato y, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, a denunciarlo.  
(LARENZ, 2002, p. 5).*

A teoria desenvolvida por Oertmann (e neste ponto concordamos com a visão de Larenz) praticamente se identifica com a teoria da pressuposição de Windscheid, pois se trata de uma teoria psicológica da vontade. A diferença consiste no aperfeiçoamento derivado das críticas de Lenel que resultou na inclusão na formulação teórica do necessário conhecimento e da não objeção à pressuposição declarada.

Outra distinção entre a teoria da pressuposição e a teoria da base negocial consiste no fato de na primeira a pressuposição constituir parte integrante da declaração, enquanto que na segunda a representação mental não se reporta apenas à declaração, mas ao negócio jurídico como um todo.

As circunstâncias que ingressam no universo de subjetividade do declarante não são apenas motivos da declaração, mas a fundação a partir da qual o negócio jurídico se ergue.

Assim, se um determinado sujeito celebrar um contrato de locação tendo como objeto um apartamento situado em frente à Praça do Campo Grande, Salvador/Ba, por um período de 30 dias, com o objetivo único de poder acompanhar de lá o desfile dos famosos blocos de carnal que tradicionalmente por ali passam e, por uma razão de interesse público, a Prefeitura Municipal muda, repentinamente, o percurso. Será que esta representação mental de que o circuito do Campo Grande, por onde sempre os blocos passaram, permanecerá inalterado constitui puros motivos irrelevantes ou é a base sobre a qual se funda o contrato de locação? Oertmann diria se tratar da base negocial.

O acréscimo à teoria da pressuposição do requisito do conhecimento da representação mental associada à inexistência de objeção pela outra parte também não responde inteiramente a crítica de Lenel, pois até que ponto pode ser exigida por esta a impugnação da pressuposição? A insurgência contra a representação mental só se torna justificável se a eficácia do negócio está sujeita a sua verificação, e aí, estar-se-ia diante de uma condição ou único motivo como razão determinante do negócio. A manifestação desprezível de uma representação mental na qual se funda uma declaração não tem o condão de tolher a eficácia do negócio, pois a não objeção da contraparte não pode ser entendida como aceitação tácita. O reconhecimento tácito de uma das partes somente poderia operar efeitos se houvesse firme intenção da outra no sentido de declarar que o

negócio jurídico está sendo celebrado, unicamente, em virtude de certa pressuposição (artigo 140 do Código Civil Brasileiro).

O critério psicológico adotado por Oertman conduz a situações nas quais a ocorrência de circunstâncias inesperadas, por não constituírem o cerne da representação mental, poderia acarretar sempre à dissolução do negócio por quebra na base do negócio.

A teoria da base do negócio na formulação originária de Oertmann peca por se preocupar demasiadamente com o critério subjetivo (representação), esquecendo-se da análise de situações objetivas pertinentes ao negócio jurídico, como o que é objetivamente necessário para consecução da finalidade contratual comum às partes.

Um importante passo para introdução de elementos objetivos à teoria da base do negócio, imprescindíveis após as críticas de Lenel, foi dado a partir dos estudos de Kaufmann referentes à doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, supramencionados. A doutrina da cláusula *rebus* tinha conteúdo eminentemente psicológico e Kaufmann conseguiu resgatá-la ao encontrar uma fundamentação objetiva, segundo a qual a variação de certas circunstâncias existentes no momento da celebração do negócio jurídico mesmo que imprevisíveis pela partes são irrelevantes quando não põe em perigo a *finalidade essencial do negócio*, a exemplo da destruição da equivalência das prestações.

Locher, então, faz a fusão da teoria psicológica de Oertmann da base do negócio jurídico com a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* desenvolvida a partir da vertente normativo-teleológica de Kaufmann. Para Locher a base do negócio não consiste



na representação mental das partes, mas nas circunstâncias necessárias a se alcançar a *finalidade do negócio*. Sem dúvida, constitui um sensível avanço na teoria da base do negócio jurídico.

Como bem observa Larenz os avanços conseguidos pela tese de Locher não invalida a teoria da base do negócio na concepção originária de Oertmann, uma vez que não consegue responder a situações em que ambas as partes incorram em falsa representação da realidade. De fato, há situações que a representação equivocada não vai interferir a ponto de tornar inatingível a finalidade negocial como na hipótese de investidores que acreditam estar vendendo e comprando dólares com cotação de R\$ 2,70, quando na verdade a cotação é de R\$ 2,80. E, neste caso, a teoria psicológica da base do negócio jurídico conserva sua utilidade, pois oferece resposta satisfatória. (LARENZ, 2002, p. 29)

Na seqüência do desenvolvimento da teoria da base do negócio jurídico surge a tese unitária de Lehmann que mescla elementos objetivos e subjetivos. Segundo esta teoria torna-se imperioso para formação da base negocial: 1) que as circunstâncias existentes ao tempo da celebração do contrato sejam conhecidas; 2) a não inclusão do evento como condição em razão da certeza subjetiva acerca da sua existência ou inexistência; 3) que a contraparte, verificada a incerteza da ocorrência de certos fatos, tivesse aceitado a representação mental ou devesse aceitá-la se procedesse de boa-fé.

Antunes Varela critica a tese de Lehmann por achar forçoso uma aceitação da subordinação da eficácia do negócio motivada pela presunção de boa-fé, uma vez que,

no momento da celebração do contrato, as partes atuam na mais ampla liberdade garantida pelo auto-regramento da vontade. Assim, não agiria de má-fé quem recusasse a eficácia do negócio a eventos incertos.

Larenz acredita que a tese de Lehmann retrocede à formulação precursora de Windscheid da pressuposição como condição não desenvolvida, todavia orientada pela boa-fé objetiva.

#### 4.1 A Tese Eclética de Larenz.

Em sua obra *Base Del negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, Karl Larenz, desenvolve uma tese eclética sobre a teoria da base do negócio analisando-a a partir dos prismas subjetivo e objetivo, conforme se verifica da transcrição que segue, *in verbis*:

*La expresión <<base del negocio>> puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base <<subjetiva>> de la determinación de la voluntad de una o ambas partes como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base <<objetiva>> del contrato ( en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de non ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría <<sentido, fin u objeto>>. [...] La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a una sino a ambas partes.*  
(LARENZ, 2002, p. 34 e 37)

A base do negócio subjetiva de Larenz, consistente na representação mental de ambas as partes acerca de certas circunstâncias essenciais que influi decisivamente na

formação dos motivos, incorpora a teoria da pressuposição de Windscheid e a base do negócio de cunho psicológico de Oertmann.

A base do negócio objetiva, entendida como um conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é pressuposta pelas partes e cuja falta acarretaria a frustração do fim do negócio, tem como precursores teóricos Kaufmann que deu uma fundamentação de cunho objetivista à doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* e Locher cuja tese descartava a base do negócio como representação mental e considerava-a como as circunstâncias necessárias a se alcançar o fim do negócio.

Uma das principais hipóteses da quebra da base objetiva do negócio é a destruição da equivalência das prestações. Acreditamos que institutos previstos no Código Civil Brasileiro tais como o estado de perigo, a lesão e a resolução dos contratos por onerosidade excessiva representam casos em que se observa um severo rompimento do equilíbrio entre as prestações caracterizador da quebra da base negocial objetiva.

Um exemplo, que talvez não seja pacífico é uma das modalidades do contrato de mútuo com garantia hipotecária (PES – plano de equivalência salarial) celebrado entre a Caixa Econômica Federal e pessoas físicas que sonham com a casa própria. O referido contrato serve a uma política governamental que, pelo menos em tese, busca possibilitar a aquisição por uma parcela da população de um bem imóvel destinado à habitação, mediante o empréstimo de um valor garantido pelo próprio bem que será adquirido. Todavia, na execução do contrato, observa-se freqüentemente que, como os juros pactuados incidem sobre um saldo devedor correspondente ao valor do imóvel,

quanto menor poder aquisitivo tiver o mutuário mais baixa será sua prestação e mais alto será seu saldo devedor. Assim, verifica-se que ao longo de 10, 15 ou 20 anos o mutuário já pagou o valor do imóvel (às vezes o dobro ou triplo) devidamente corrigido e vê-se obrigado a continuar quitando suas prestações, pois o saldo devedor ainda aponta uma dívida existente.

Sob o prisma da base negocial subjetiva constata-se que muitos dos referidos mutuários não acreditam que terão de arcar com valores que ultrapassam e muito o valor real do imóvel desejado. A representação mental formulada e decisiva na formação da vontade negocial e da base negocial não antevê esta catastrófica devassa na patrimônio alheio, pois se o fizesse não realizariam o referido contrato.

Poucos são aqueles que, sabendo das referidas conseqüências, levam adiante o propósito negocial. A imensa maioria da população que, por sorte, consegue auferir uma renda fixa desconhece as tormentosas conseqüências de um contrato de financiamento e tem a real e premente necessidade de ter um lugar para morar.

Sob o prisma da base negocial objetiva maiores razões apontam para extinção do referido contrato. Um contrato que gera para o mutuário a obrigação de arcar com valores que chegam ao dobro ou triplo do valor do imóvel, ainda que parcelados, constitui um caso manifesto de quebra da base do negócio jurídico motivada pela destruição da equivalência das prestações. Ademais, uma vez verificado que o valor real do imóvel (devidamente corrigido) já foi totalmente pago e que o mutuário goza do direito à habitação, já se tem a finalidade essencial do contrato alcançada Não mais se justifica a

continuação de sua execução a não ser para atender à cobiça do capital financeiro (mesmo público) em detrimento da existência digna da pessoa humana e de interesses sociais de altíssima relevância como o próprio de direito à habitação que seria ao fim desprezado.

As conseqüências jurídicas derivadas da desapareição ou quebra da base negocial representam um tema central desta teoria, pois se reporta diretamente a sua repercussão no plano fático.

A prudência e a razoabilidade recomendam que as conseqüências derivadas da quebra da base negocial sejam extraídas a partir da interpretação do contrato de modo a alcançar o sentido que o orienta. Os princípios gerais do direito também desempenham uma função regulativa imprescindível à obtenção de uma solução satisfatória, sobretudo, o princípio da boa-fé.

O fato é que o âmbito de hipóteses de aplicação da teoria da base negocial é vasto e cada grupo de casos reclama uma solução mais adequada, de modo a se constatar, de antemão, que a dissolução do contrato nem sempre é a medida mais compatível com os anseios de equidade.

Ao lado da dissolução do contrato, pode-se pensar no restabelecimento do equilíbrio das prestações pactuadas ou a postergação do vencimento de certas prestações, sempre em atenção ao fim do contrato. Conforme se trate da quebra da base objetiva ou subjetiva as repercussões serão igualmente diferentes.

Tratando-se da inexistência ou superveniente desaparecimento da base subjetiva do negócio jurídico derivado de uma pressuposição bilateral errônea das partes, aquela que se sentir prejudicada pode postular a ineficácia da cláusula respectiva ou do contrato como um todo se não puder realizar-se a prestação nas obrigações pactuadas. A tese de Oertmann recomenda a dissolução do referido negócio.

Operando-se a quebra da base negocial objetiva pela destruição da equivalência das prestações, deve-se buscar restabelecer o equilíbrio das referidas prestações, de modo a se respeitar a equidade na execução do contrato. Se tal medida não puder ser promovida deve-se extinguir o negócio celebrado. Este também é o destino dos negócios jurídicos cuja base objetiva desaparece pela impossibilidade de se alcançar o fim pretendido.

Feitas estas considerações acerca das importantes teorias da cláusula *rebus*, da pressuposição e, sobretudo, da base do negócio jurídico e observada a complexidade do desenvolvimento das relações humanas influenciadas por mudanças em certas circunstâncias objetivas, ou mesmo, comportamentos orientados pela certeza subjetiva de certos fatos, que nem sempre se verificam, devemos indagar se a conduta de um sujeito que celebra um negócio jurídico e depois não mais o deseja é contraditória. Devemos questionar também até que ponto são toleráveis comportamento contraditórios no seio das relações humanas. Passemos a análise da doutrina *venire contra factum proprium*.

## 5.0 Doutrina *nemo potest venire contra factum proprium*.

A doutrina *venire contra factum proprium*, enquanto um postulado geral e imanente da ordem jurídica que visa a coibir comportamentos contraditórios no direito, tem seu primeiro registro na obra *Brocardica* de Azo, glosador que viveu na período da Idade Média, na qual se lê o aforismo: *venire contra factum proprium nulli conceditur* (a ninguém é permitido vir contra um fato que lhe é próprio). (SCHREIBER, 2002, p. 20/21)

Embora não existisse uma regra geral de proibição do comportamento contraditório, a análise dos textos romanos pelos glosadores revelou que em diversas passagens havia previsões vedando a conduta contraditória e, a partir daí, extraiu-se o referido brocardo jurídico.

Consiste a doutrina *venire contra factum proprium* no exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento anterior que passa a ser tida como inadmissível. Trata-se da análise de dois comportamentos imputáveis a uma mesma pessoa, lícitos em si mesmos e diferidos no tempo. (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 742).

O primeiro comportamento (*factum proprium*) torna-se vinculante na medida em que desperta em terceiros a legítima expectativa de sua manutenção. O comportamento subsequente deve guardar uma relação de coerência com primeiro, caso contrário, estar-se-ia diante de uma contradição inadmissível.

O subsequente comportamento contraditório aparenta uma situação de licitude, no entanto se observando mais detidamente o fenômeno jurídico e o perfil dos comportamentos de modo global, constata-se que, embora lícito em si mesmo, o comportamento contraditório quando analisado conjuntamente com o comportamento vinculante revela-se ilícito por atentar contra os princípios da boa-fé objetiva e da confiança.

O *factum proprium* não pode ser contrariado quando suscitar a confiança de terceiros que vão orientar sua conduta acreditando na manutenção deste comportamento inicial. Se um determinado sujeito diz que vai praticar uma conduta e não a pratica ou diz que não vai praticá-la e pratica-a, aqueles que pautaram sua ação a partir de uma real adesão à confiança gerada pelo comportamento inicial do referido sujeito poderão impugnar o comportamento contraditório.

Uma questão crucial a ser enfrentada refere-se à aplicação da doutrina *venire contra factum proprium* quando se está diante de uma relação jurídica negocial. A maioria dos doutrinadores admite que a aplicação da referida doutrina tem uma natureza residual, ou seja, para situações que o direito rechaça, de modo claro, o comportamento contraditório, reputando-o ilícito e cominando uma sanção respectiva não haveria necessidade da invocação da doutrina *venire contra factum proprium*.

A referida doutrina deve ser invocada em situações que o comportamento contraditório figure com uma aparente feição de licitude que se desfaz quando se percebe, num segundo momento, a violação do dever de boa-fé objetiva (entendido este como a



exigência de um comportamento ético, pautado pela lealdade no seio das relações jurídicas) e a frustração da confiança despertada em terceiros.

Se o comportamento inicial gera um dever jurídico específico como aquele decorrente de um contrato, a não realização deste dever específico, embora caracterizando conduta contraditória, não consistiria hipótese de aplicação da doutrina ora tratada, pois o ordenamento jurídico já trata o referido comportamento como ilícito e prevê os efeitos da responsabilidade contratual.

Ao analisar a doutrina da cláusula *rebus*, a teoria da pressuposição e a teoria da base do negócio jurídico, percebemos que a pretensão de desfazimento do negócio e a não realização de certos deveres contratuais em razão de circunstâncias especiais não representam uma violação de um dever obrigacional específico.

Há um comportamento inicial que deseja a celebração de um negócio jurídico e outro que deseja a liberação dos deveres inicialmente assumidos seja pela dissolução do negócio seja pela modificação das obrigações assumidas. A problemática que se apresenta, então, é, uma vez verificada a aparência de licitude quanto ao segundo comportamento no sentido do desfazimento do negócio, saber se a contraparte tem sua legítima confiança atingida quando este é desfeito, sobretudo, nas situações que envolvem a certeza subjetiva de certas circunstâncias que não se verificam.

## 6.0 Contradições Aparentes e Existentes.

A doutrina do *nemo postest venire contra factum proprium*, não pode ser invocada em situações nas quais se opere a quebra ou desaparecimento da base negocial objetiva, seja pela destruição da equivalência das prestações seja pela impossibilidade de alcançar a finalidade essencial do contrato.

A contradição entre o comportamento inicial no sentido de celebrar um negócio jurídico e uma conduta subsequente na direção oposta que consubstancia uma pretensão de dissolução do negócio ou modificação das prestações é apenas aparente. No Direito e nas relações humanas de modo geral certos acontecimentos surgem ou se revelam e passam a influenciar o comportamento de modo diverso daquele que outrora fora praticado. Uma justa causa é razão mais que suficiente para justificar uma nova linha de ação, desde que não se atinjam direitos ou interesses juridicamente protegidos advindos de uma relação marcada pela confiança e pela boa-fé objetiva.

Quando é rompido o equilíbrio das prestações contratuais ou quando o negócio jurídico não chega a alcançar sua finalidade essencial não há frustração de uma legítima expectativa criada a partir da confiança e boa-fé. A riqueza dos fatos da vida leva a situações não desejadas, mas que precisam ser enfrentadas. Situações estas que podem colocar uma das partes em situação altamente favorável e a outra à beira da ruína, bem como colocá-las lado a lado quando percebem, através do bom senso, que o contrato não mais satisfaz os interesses ou a finalidade pretendida.

Nestas hipóteses a pretensão de dissolução do contrato ou reajuste das prestações não afeta os princípios da confiança nem a boa-fé objetiva, sendo, portanto, legítima e plenamente justificável.

Situação diversa é a pretensão no sentido de resolução do negócio jurídico motivada pela inocorrência da pressuposição formulada por apenas uma das partes.

A teoria da pressuposição de Windscheid levaria a situações em que a eficácia contratual estaria subordinada à representação mental errônea de uma das partes desde que, de algum modo, conhecida pela outra.

A teoria da base negocial na formulação inicial de Oertmann quase que se identifica com a teoria da pressuposição, mas exige o conhecimento e a não impugnação pela contraparte acerca das circunstâncias pressupostas pelo declarante, para se proceder à dissolução do negócio.

Quando a declaração acerca das pressuposições não ocorre ou não chega ao conhecimento do pactuante, não há dúvidas quanto à vedação da conduta que pugna pela dissolução do negócio. Pois, embora coerente com a vontade real e com o universo subjetivo do contratante, a conduta objetivamente considerada é contraditória e atinge as legítimas expectativas criadas pela outra parte.

A dúvida maior se evidencia quando o pactuante tem conhecimento e não impugna a pressuposição formulada pela contraparte. Três situações podem ocorrer: 1) a

parte tem dúvidas quanto à ocorrência de determinados fatos e subordina a eficácia do negócio a uma condição, situação em que a outra parte deverá se manifestar para consentir ou rechaçar a referida vinculação; 2) a parte tem a certeza subjetiva acerca de determinadas circunstâncias e declara a outra parte que celebra o negócio com base no único motivo determinante, situação em que deve a outra parte se manifestar, pois a não verificação do referido motivo viciará a declaração de vontade; 3) a parte atua também na firme persuasão de que certas circunstâncias ocorreram ou ocorrerão e baseia sua vontade nesta convicção, anunciando à contraparte, de modo ingênuo, ou seja, sem perspectiva vinculativa sua pressuposição.

Neste último caso não pode ser exigido da outra parte, embora conhecedora da pressuposição, a impugnação da referida proposição manifestada sem propósito vinculativo. Até porque nem sempre uma das partes contratuais tem motivos para duvidar da exatidão da pressuposição alheia, muito menos terá condições de impugná-la. Só terá razões para fazê-lo na hipótese de se tratar de condição ou de único motivo determinante. O silêncio da parte, nesta terceira hipótese, não converte a declaração inocente em base do negócio.

A teoria da base negocial, de cunho psicológico, de Oertmann é muito ampla e abrange estas situações, fazendo ingressar na base do negócio pressuposições equivocadas pertinentes a apenas uma das partes.

O inconveniente gerado pela teoria da pressuposição e pela teoria da base negocial de Oertmann é contemplar casos de dissolução do negócio jurídico a partir de

critérios eminentemente psicológicos. A consequência disso é privilegiar a vontade real em detrimento da vontade efetiva. Todavia, esta pressuposição não verificada estaria interferindo nas legítimas expectativas criadas pela outra parte que confiou na vontade efetiva.

A conduta de uma parte que realiza um negócio a partir de uma pressuposição e, não verificada esta, busca o desfazimento do acordo é coerente sob o prisma da subjetividade, pois consentânea com a vontade real. Todavia, como destoa da vontade efetiva, fere o princípio da coerência quando analisada sob o prisma objetivo, uma vez que a outra parte gerou suas expectativas a partir da vontade efetiva e não tinha justas razões para duvidar da pressuposição inocentemente declarada.

Assim, desfeito um negócio jurídico com fundamento na teoria da pressuposição de Windscheid ou da base negocial de Oertmann, vinculada à pressuposição de apenas uma das partes, estaríamos diante de dois comportamentos contraditórios (o *factum proprium* concernente à celebração do negócio e a conduta contraditória no sentido de desfazimento deste) lícitos em si mesmos (pois a conduta embora contraditória seria legitimada pelas referidas teorias) que frustram legítimas expectativas da parte contrária oriundas da confiança, gerada a partir da vontade efetiva, e da boa-fé esperada na execução do negócio.

## 7.0 Conclusões

Verifica-se, pois, neste último caso, que a doutrina *venire contra factum proprium* poderia ser invocada para frear propósitos atentatórios à confiança e à boa-fé despertadas pela vontade efetiva. O mesmo não ocorre quando se está diante dos pressupostos fáticos da tese eclética da base negocial de Karl Larenz, pois a pressuposição ingressa na base negocial (subjetiva) por ser compartilhada por ambas as partes e a base negocial objetiva refere-se a aspectos concernentes ao fim do contrato e a equivalência das prestações. Corrige-se, então, a amplitude do critério psicológico e introduz-se critérios objetivos que garantem a solidez da teoria da base negocial e o princípio da coerência tutelado pela doutrina *nemo potest venire contra factum proprium* fica preservado.

## 8.0 Bibliografia.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

\_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

BORDA, Alejandro. **La Teoría de los Actos Propios**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FREITAS, Augusto Teixeira de: **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo: **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando: **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

\_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

\_\_\_\_\_. *Base Del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editirial Comares, 2002.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MAIRAL, Héctor A. *La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Triunais, 1999.

MESA, Marcelo J. López. **La Doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia**. Buenos Aires: Depalma, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Tradução Paolo Capitanio, Vol. I., Campinas: Bookseller, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição do Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

\_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.



