

Direito Administrativo

1. A necessária observância, por parte das instituições financeiras estatais, na condição de integrantes da Administração Pública, do interesse público na gestão dos seus contratos bancários em épocas de crise econômica

The required compliance by the state-owned financial institutions, provided that members of the public administration, public interest in the management of its banking agreements in times of economic crisis

(Autor)

ALDEM JOHNSTON BARBOSA ARAÚJO

*Especialista em direito público (pós-graduação lato sensu) pela Faculdade Estácio Recife. Advogado.
aldemjohnston@yahoo.com.br*

Sumário:

1 Introdução

2 Os bancos públicos como integrantes da Administração Pública e instrumentos da ação governamental para enfrentar a crise econômica

3 A necessária observância do princípio da preservação da empresa por parte dos bancos públicos quando das suas relações negociais em períodos de crise econômica

4 Efeitos da crise econômica nos contratos celebrados pelos bancos estatais: obrigatoriedade de observância aos casos de onerosidade excessiva

5 A necessária observância do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais: esforço do banco público para ajudar o cumprimento dos contratos apesar das dificuldades impostas pela crise econômica

6 Duty to mitigate the loss: a necessidade de os bancos estatais negociarem as dívidas para consigo como forma de mitigarem seus próprios prejuízos

7 Conclusão

Referências

Área do Direito: Administrativo

Resumo:

Análise sobre as obrigações legais que incidem sobre os bancos públicos para garantir que os mesmos, na condição de integrantes da Administração Pública, tenham uma atuação diferenciada dos demais bancos do mercado, adotando práticas para mitigar os efeitos da crise econômica em detrimento da mera persecução de lucro.

Abstract:

Analysis of the legal obligations imposed on the public banks to ensure that the same, provided that members of the public administration, have a differentiated performance of other banks in the market, adopting practices to mitigate the effects of the economic crisis rather than the mere pursuit of profit.

Palavra Chave: Bancos públicos - Crise econômica - Contratos - Onerosidade excessiva - Boa-fé - Duty to mitigate the loss

Keywords: Public banks - Economic crisis - Contracts - Excessive burden - Good faith - Duty to mitigate the loss

1. Introdução

Em matéria do dia 12.03.2016, a reportagem da Folha de São Paulo¹ informou que "Salvo uma inesperada retomada da economia, a atual recessão caminha para se tornar, até o fim do ano, a pior já medida com precisão no país".

Fazendo menção a dados do site "Economatica"² a edição 2474 da Revista Veja³ informou que a "dívida somada de 257 companhias de capital aberta (ou seja, com ações negociadas em bolsa) subiu 31% em apenas um ano, em 2015, e alcançou a cifra de 1,4 trilhão de reais" acrescentando que "há outro dado que dá uma dimensão do aumento do endividamento das empresas brasileiras: é o que mede quanto do patrimônio da companhia está comprometido com dívidas. Esse índice era de 36% em 2007. Estava em 46% em 2010. Chegou a 61% no ano passado."

A reportagem da Revista Veja, cujo título é "Quebradeira S.A.", informa que "existem 8 milhões de companhias no Brasil, e metade delas está com dívidas em atraso" arrematando com os seguintes dados: "Se em um primeiro momento a indústria se mostrou o setor mais afetado pela crise, 2015 foi o ano em que o comércio sentiu os efeitos da tempestade perfeita na economia: quase 100000 lojas encerraram as atividades, segundo a Confederação Nacional do Comércio (CNC)."

Outro número alarmante da crise é o de que a taxa de desemprego de 9,5% no trimestre encerrado em janeiro de 2016 é a mais alta da série histórica da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua, iniciada no primeiro trimestre de 2012 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O País registrou em um mês um número recorde de desempregados medido pela mesma pesquisa: 9,623 milhões de pessoas.⁴

Segundo a versão brasileira do jornal "El País",⁵ a economia do Brasil vive sua maior recessão desde os anos 1930 e a atual crise econômica é a pior do século (havendo ainda quem noticie⁶⁻⁷ se tratar da pior de toda história do país).

Diante de um quadro econômico tão adverso qual deve ser o papel desempenhado pelos bancos públicos? Melhor dizendo: Qual o papel das instituições financeiras do Estado, na condição de integrantes da Administração Pública, em períodos de crise? Sua natureza de direito privado permite que os bancos estatais simplesmente sigam as regras de mercado e ignorem o interesse público?

É o que passamos a discutir nas linhas que se seguem.

2. Os bancos públicos como integrantes da Administração Pública e instrumentos da ação governamental para enfrentar a crise econômica

O Estado não é alheio à economia, não é imune aos seus efeitos e não se mantém inerte às suas transformações.

Sobretudo financiado pela riqueza que retira dos particulares, o Poder Público tem sua capacidade de investimento, de contratação de agentes públicos e de prestação de serviços públicos diretamente relacionada aos recursos disponíveis no erário.

Se, por exemplo, a economia afeta os particulares, subtraindo-lhes o poder de compra (no caso dos consumidores) e a capacidade de fornecer produtos e serviços, a arrecadação dos tributos que incidem sobre a fabricação/produção, a circulação e o consumo de bens/serviços também será afetada.

Em tempos de pujança econômica o vetor é inverso, o Estado se beneficia com o volume de negócios, gerando um aumento de arrecadação tributária que lhe propicia a possibilidade de ter mais recursos para atender as demandas que o interesse público lhe exige.

Mas não é só de forma passiva que o Estado se relaciona com a economia. A depender do modelo econômico adotado pelo país, o Estado torna-se o ator principal que centraliza todas as ações ou um interventor em situações episódicas.

No Brasil, o Estado define a taxa básica de juros, emite moeda, atua como comprador ou vendedor no câmbio flutuante, desonera ou onera produtos ou serviços para fomentar ou desincentivar seu consumo, cria planos econômicos (inclusive com mudança e/ou desvalorização da moeda), celebra tratados de livre comércio com outros países ou organizações multilaterais, ou seja, toma ou pode tomar uma série de medidas que impactam a economia.

Resta claro, portanto que a relação do Estado com a economia é bilateral, na qual ambos geram efeitos mutuamente. Acerca desta relação dialética mantida entre Estado e economia, veja-se a lição de Alexandre Santos de Aragão:

"A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico." (Aragão, Alexandre Santos de. O conceito de regulação da economia. RDM 122/38-47, Apud Tavares, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. Curso de direito administrativo econômico (org. José Eduardo Martins Cardozo et al.), vol. II São Paulo: Malheiros, 2006. p. 175).

E o que pauta a atuação do Estado na economia? Melhor, o que pauta a Administração Pública, no caso brasileiro, em suas ações na seara econômica? A Constituição Federal teceu um figurino no qual cabe ao Estado, entre outras coisas, almejar a busca do desenvolvimento nacional para erradicar a pobreza. Neste particular, Lutero de Paiva Pereira detalha o papel reservado pela Constituição Federal ao Estado em suas interações com a economia:

"O art. ^{RTD} 3.º da ^{RTD} CF/1988 é claro em indicar que o fundamento básico da existência do Estado Brasileiro é construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza e buscando-se um maior equilíbrio entre as regiões e Estados brasileiros. E a atividade administrativa estatal deve se pautar na busca desses resultados, e por isso se justifica o caráter econômico da atividade administrativa de um Estado Democrático de Direito. Em outras palavras a intervenção Estatal se dá de diversas formas, mas a principal é garantir aos particulares a busca dos fins familiares e sociais o que está expressamente previsto na ^{RTD} CF/1988 como o respeito à livre iniciativa e o respeito ao direito de propriedade." (Pereira, Lutero de Paiva. Breve abordagem sobre a administração econômica do Estado. Curso de direito administrativo econômico (org. José Eduardo

Martins Cardozo et al.), vol. II São Paulo: Malheiros, 2006. p. 390).

Nessa busca pelo desenvolvimento nacional, o Estado (sempre pautado na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na livre concorrência para fins de erradicar a pobreza, a desigualdade social e propiciar o pleno emprego) faz uso tanto da sua estrutura despersonalizada como dos seus entes descentralizados dotados de personalidade jurídica.

Os bancos públicos são empresas estatais, organizados sob a forma de empresas públicas (capital 100% estatal) ou sociedades de economia mista (sociedades anônimas onde o Estado é o sócio majoritário) que intervêm na economia, já que exercem atividade econômica no mercado em regime de competição com os particulares.

Em que pese o desempenho de atividade econômica, o fim das empresas estatais (incluindo-se, por óbvio) os bancos públicos não é o mesmo almejado pelas demais empresas particulares que atuam no mercado, conforme leciona Carlos Ari Sundfeld:

"As empresas estatais são personificações do próprio Estado, desdobramento de sua estrutura; são em definitivo, organizações estatais. Nelas concorrem duas importantes notas: por uma parte, realizam ação governamental; por outra, integram a estrutura orgânica do Estado. (...) É bem certo que, no tocante a seu regime jurídico, as atividades econômicas exploradas por empresa estatal são consideradas 'privadas', e isso por força do art. 173, § 1.º, II, da Carta Federal. *Mas as estatais de intervenção no domínio econômico são também instrumentos da ação governamental*, exigida por 'imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo'. *O Estado não as cria para investir, buscando simples lucros, mas sempre implementar políticas públicas* (o desenvolvimento regional, a construção de habitações populares, o financiamento agrícola etc.). *Daí, então, dizer-se que as empresas estatais desenvolvem ação governamental, apesar de revestirem o chamado 'figurino privado' (a forma empresarial, adotada pelas sociedades mistas e empresas públicas) e, em algumas hipóteses, explorarem atividades econômicas.*" (Sundfeld, Carlos Ari. *A reforma do Estado e empresas estatais*. Direito administrativo econômico (coord. Carlos Ari Sundfeld). 1. ed., 3.ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 264/265).

Para arrematar a questão da diferença entre os objetivos que pautam a atuação das empresas estatais e os objetivos das demais empresas que integram o mercado, veja-se a seguinte lição de Fábio Ulhoa Coelho que, em que pese se referir especificamente às sociedades de economia mista, pode ser perfeitamente adaptada também às empresas públicas:

"A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem as mesmas responsabilidades do acionista controlador, *porém a própria lei ressalva que a orientação dos negócios sociais pode ser feita de molde a atender ao interesse público que justificou a criação da sociedade. O que há, em particular, é a possibilidade de comprometimento dos recursos sociais em atividades relativamente deficitárias, importando em diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição. O acionista particular da sociedade de economia mista está ciente, ao ingressar no quadro associativo da companhia, desta particularidade, ou seja, de que, eventualmente, seja obrigado a suportar ligeira diminuição na rentabilidade de seu investimento, por força do atendimento de interesse maior que o seu.* É claro que esta diminuição não poderá ser de tal porte que implique a descaracterização do investimento feito como negócio de conteúdo privado. (...) O acionista controlador poderá, portanto, vir a ser responsabilizado pelos demais acionistas particulares da sociedade de economia mista, sempre que, em decorrência do cumprimento do disposto no art. 238 da LSA, desenvolver atividade empresarial altamente deficitária. A fundamentação deste entendimento se vale, inclusive, da responsabilidade objetiva da Administração Pública." (Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 222/223).

Resta óbvio, portanto que as empresas estatais não só podem, como devem ser utilizadas como instrumento de ação governamental para intervenção na economia em prol do desenvolvimento nacional.

Nesse contexto, em épocas de crise econômica, a busca pelo desenvolvimento nacional clama de forma impositiva a intervenção do Estado na economia (inclusive por meio de suas instituições financeiras).

3. A necessária observância do princípio da preservação da empresa por parte dos bancos

públicos quando das suas relações negociais em períodos de crise econômica

Além de fontes de emprego, empresas são, sobretudo, mecanismos de produção e circulação de riquezas. Não há economia organizada sem atividade empresarial. A sobrevivência das empresas não interessa apenas aos seus proprietários ou a sócios, interessa aos seus empregados, aos familiares desses empregados e ao Estado, pois as empresas propiciam a arrecadação de tributos.

Se há uma "quebradeira" de empresas, há desemprego, diminuição da circulação de riquezas e queda na arrecadação tributária. Ou seja, preservar as empresas não se trata de resguardar meros interesses particulares disponíveis, há em tal preservação a preocupação de proteger principalmente os interesses coletivos que circundam a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica. Sobre o princípio da preservação da empresa, veja-se a doutrina:

"(...) no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltado à arrecadação e outros." (Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31/32).

"(...) o princípio da preservação da empresa objetiva recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores. (...) Não se pode deixar de expressar que o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa, que considera o fato de que a atividade empresarial é a fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc." (Teixeira, Tarcisio. Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 264).

Conforme leciona Rubens Requião, o princípio da preservação da empresa opera contra os credores da pessoa jurídica, pelo menos contra sua pretensão imediata de receberem seu créditos:

"(...) a empresa, na teoria dominante no moderno direito, como unidade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constitui um cadinho onde efervescem múltiplos interesses: o pagamento de salários para a classe obreira, dos tributos para a manutenção do Estado, e dos lucros para os investidores. Não deve ser assim considerada sob as luzes dos interesses imediatistas do coletor de impostos, ou da impaciência do cobrador de dívidas nos momentos críticos ou dramáticos de sua evolução" (Requião, Rubens. Curso de direito falimentar. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 250. Apud Pacheco, José da Silva. Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 110).

Os credores da empresa (quaisquer que sejam eles) têm de ter a noção de que é melhor sacrificarem interesses imediatistas acerca do recebimento dos seus créditos e esperarem a empresa eventualmente se recuperar de suas dificuldades financeiras, e assim permitir que a mesma pague suas dívidas, que eventualmente asfixiarem a devedora com cobranças e inviabilizar o prosseguimento de suas operações, o que redundaria no inadimplemento de suas dívidas.

Com os bancos estatais o raciocínio é idêntico.

É extremamente comum empresas pedirem empréstimos a bancos (incluindo-se aí por óbvio os bancos estatais) e em tempos de crise econômica é comum que o cumprimento de tais contratos (cuja operacionalização se dá pelo pagamento de juros parcelados ao banco por parte do beneficiário do empréstimo) fique por diversas vezes prejudicado.

E qual é a conduta de um banco estatal diante de uma eventual dificuldade de adimplemento contratual

enfrentada por uma empresa em época de crise econômica?

Certamente executar o contrato, levar a leilão algum bem dado em garantia e cobrar a dívida em juízo não são alternativas consentâneas ao princípio da preservação da empresa em épocas de crise econômica.

Sendo instrumentos de ação governamental, os bancos públicos devem se comportar como *longa manus* do Estado e, sob o pálio do princípio da preservação da empresa, fazerem tudo o que for possível em termos de negociação e renegociação das dívidas (v.g. carência para pagamento das parcelas, abatimentos dos juros) para não agravar ainda mais a situação de empresas afetadas pela crise econômica.


4. Efeitos da crise econômica nos contratos celebrados pelos bancos estatais: obrigatoriedade de observância aos casos de onerosidade excessiva



O tempo e os acontecimentos que dentro dele se inserem afetam as relações contratuais e nem sempre aquilo que fora pactuado pelas partes em uma determinada época poderá ser cumprido com o avançar do tempo.

Os mecanismos de justiça social do contrato, que procuram preservar o equilíbrio entre as partes contratantes conforme bem leciona Joaquim de Paiva Muniz remontam ao ano 1772 antes de Cristo:

"Desde o Código de Hammurabi havia a previsão de mudança dos termos contratuais, se a obrigação de uma das partes se tornasse excessivamente onerosa: '*se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábuca de contrato e não pagar juros por esse ano*.'" (Muniz, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin), Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos, vol. 3, São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 230).


Sobre o conceito de onerosidade excessiva no ambiente contratual, veja-se o conceito de Larissa Maria de Moraes Leal e Roberto Paulino Albuquerque Júnior:

"*Sempre que às circunstâncias nas quais o contrato foi celebrado sobrevierem fatos que as alterem em substância, onerando excessivamente uma das partes contratantes, o equilíbrio do contrato estará alterado*. Esse é o ambiente onde deve incidir o instituto da onerosidade excessiva que, se esteve originalmente ligado à ideia de lesão contratual, destinando-se à resolução do contrato, rapidamente orientou-se, na doutrina, rumo à revisão dos pactos. É certo que todo contrato, dada a sua função econômica, implica risco, que se avoluma quando este pacto projeta-se no tempo, tendo execução diferida. Não é possível estabelecer o ponto exato do equilíbrio contratual ou de sustentação de suas condições, mas sempre que a mudança de circunstâncias ultrapassar o limite objetivo e razoável das expectativas das partes contratantes, o risco do negócio perde importância. Neste caso, não será mais adequado exigir que a parte devedora, não tendo responsabilidade na alteração de condições, assumam a onerosidade excessiva decorrente." (Leal, Larissa Maria de Moraes; Albuquerque Júnior, Roberto Paulino. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no  Código Civil Brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. *Dos contratos* (org. Alyson Rodrigo Correia Campos et. al), Recife: Editora Nossa Livraria, 2012. p. 564/565).

No ordenamento jurídico brasileiro, a onerosidade excessiva é prevista no art.  478 do  Código Civil cuja redação é a que se segue:


"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".

Comentando o aludido dispositivo, a doutrina associa-o ao art. 1.467 do Código Civil italiano e a fórmula *rebus sic stantibus*, privilegiando-se a manutenção do equilíbrio inicial do contrato e repelindo situações de desproporcionalidade que advenham de fatos alheios à vontade das partes:

"O dispositivo introduz no  [Código Civil](#) a fórmula *rebus sic stantibus* ('enquanto as coisas estão assim'), sob inspiração do art. 1.467 do Código Civil italiano, referindo-se aos contratos de execução continuada ou diferida (de trato sucessivo ou a termo) em que é possível aplicar-se a teoria da imprevisão, limitadora do *pacta sunt servanda*, princípio que rege a força obrigatória dos contratos. *Diz-se onerosidade excessiva o evento que embaraça e torna dificultoso o adimplemento da obrigação de uma das partes, proveniente ou não de imprevisibilidade da alteração circunstancial (evento extraordinário e imprevisível), impondo manifesta desproporcionalidade entre a prestação e a contraprestação, com dano significativo para uma parte e consequente vantagem excessiva (enriquecimento sem causa) para a outra, em detrimento daquela, a comprometer, destarte, a execução equitativa do contrato.* O estado de perigo (art. 156) e a lesão (art. 157) são institutos trazidos ao CC de 2002, assecuratórios de justiça contratual, onde a onerosidade excessiva ocorre independentemente de causa superveniente. *A teoria da imprevisão serve de mecanismo de efetivo reequilíbrio contratual, quer recompondo o status quo ante que animou o contrato ao tempo de sua formação (efeito da teoria da condição implícita, a implied condition do direito inglês), quer o ajustando à realidade superveniente por modificações equitativas, e, como tal, deve representar, em princípio, pressuposto necessário da revisão contratual e não de resolução do contrato, ficando esta última como exceção.* Assim é que a Lei Inquilinária 8.245/1991 dispõe sobre a revisão judicial do aluguel a fim de ajustá-lo ao preço de mercado (art. 19) e o Código de Defesa do Consumidor prevê, expressamente, a revisão das cláusulas contratuais (e não a resolução do contrato) 'em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas' (Lei 8.078/1990, art. 6.º, V), ou a nulidade delas (art. 51, V, e § 1.º, III). O CC de 2002, ao eleger a cláusula, inverte, todavia, a equação, utilizando a teoria para o pedido resolutivo como regra." (*Código Civil comentado* / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 581).

Nelson Nery Junior enaltece o objetivo da norma de garantir que as partes contratantes não fiquem em situação de vantagem/desvantagem durante a execução do contrato, fazendo uma correlação entre a onerosidade excessiva, a boa-fé objetiva e função social do contrato:



"A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (CC 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (CC 317), mantendo-se o contrato. Esta solução é autorizada pela aplicação, pelo juiz, da cláusula geral da função social do contrato (CC 421) e também da cláusula geral da boa-fé objetiva (CC 422). *O contrato é sempre, e em qualquer circunstância, operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lédimas pretensões. Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de que se poderia valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outra.* Essa ideia de socialidade do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que *o contrato só é bom quando é bom para ambos os contratantes. A questão sempre presente é saber se, apesar das modificações econômicas sobrevindas no curso, ou antes, da execução do contrato, é ainda possível cumprir a vontade das partes.* Há um limite para se exigir o sacrifício das partes. Impõe-se 'a regra moral segundo a qual não é lícito a um dos contraentes aproveitar-se das circunstâncias imprevistas e imprevisíveis subsequentes à conclusão do contrato, para onerar o outro contratante além do limite em que ele teria consentido em se obrigar' (Francisco Campos. *Revisão dos contratos: Teoria da Imprevisão*, [Dir. Civil, p. 8]). *A imprevisão enseja não apenas a resolução do contrato, mas sua revisão, caso isso seja do interesse das partes. Havendo dissenso entre elas sobre a revisão, ainda assim é possível que seja feita judicialmente, mediante sentença determinativa do juiz.* O fundamento para a revisão judicial do contrato é a incidência concomitante das cláusulas gerais da função social do contrato (CC 421), da boa-fé objetiva (CC 422) e da base *objetiva* do negócio (CC 422). Sobre a admissibilidade da revisão judicial do contrato por imprevisão: Ghestin-Jamin-Billiau. *Traité DC*, v. III, ns. 290/349. p. 355/416." (Nery Junior, Nelson. *Código civil comentado* (livro eletrônico baseado na 11. ed. impressa), São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1.189).

Nelson Rosenvald destaca a onerosidade excessiva como um desdobramento da justiça contratual e decompõe os requisitos previstos no  [Código Civil](#) para sua aplicação, quais sejam a execução continuada do contrato e a superveniência de fato imprevisível que traga desequilíbrio à relação contratual:

"A teoria contratual contemporânea é alicerçada em quatro princípios: autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e justiça contratual. A inserção no CC da resolução por onerosidade excessiva atende ao

princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios. Podemos vislumbrar grande carga de justiça contratual em dois momentos: a) ao tempo da celebração do contrato, pela preservação do sinalagma genético da relação obrigacional, adotando-se o instituto da lesão (art. 157 do CC) como forma de combate à elevada desproporção entre as prestações; b) ao tempo da execução do contrato, assegurando-se o sinalagma funcional, que pode ser perturbado por acontecimentos extraordinários, que minam a correspectividade das obrigações, instalando um dos contratantes em posição de onerosidade excessiva. O art. 478 cuida justamente dessa forma de intervenção do princípio da justiça contratual. O [RTD CC/1916](#) não cogitava da onerosidade excessiva. Seguimos o modelo oitocentista do *pacta sunt servanda*, pelo qual as convenções eram leis entre as partes (art. 1.134 do Código francês de 1804) e o conteúdo contratual era intangível, exceto pelo mesmo consenso que a ela dera origem. Todavia, o [RTD CC/2002](#) mitiga a rigidez contratual ao adotar a teoria da imprevisão, desenvolvida na França após a 1.º Grande Guerra Mundial, com o ressurgimento da cláusula medieval *rebus sic stantibus*. *A resolução contratual pela onerosidade excessiva requer a coexistência de três pressupostos:* a) *Estipulação de um contrato de duração.* Trata-se de contrato de execução continuada ou diferida no tempo. Na execução sucessiva as prestações se fracionam em periodicidade regular (v.g., arrendamento mercantil, empreitada, promessa de compra e venda). Destarte, não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos instantâneos, nos quais há uma coincidência cronológica entre o tempo de celebração e a sua imediata execução (v. g., compra de alimentos em mercado). b) *Superveniência de acontecimento extraordinário que gere onerosidade excessiva para uma das partes.* O contrato iniciou com respeito ao sinalagma genético, porém uma situação de desequilíbrio econômico irrompeu, transformando drasticamente o panorama contratual. Perceba-se que não se trata de pequenas alterações - que já se inserem nos riscos ordinários das partes -, afinal com toda relação obrigacional pequenas; perdas são naturais e se inserem na álea ordinária das partes. *O fundamental é que o fato superveniente remeta um dos contratantes ao chamado limite do sacrifício, que corresponde a um brutal rompimento da equivalência originária do pacto.* A onerosidade excessiva é restrita ao campo dos contratos comutativos, consubstanciados no prévio conhecimento mútuo das prestações que serão executadas. Assim, afasta-se a sua incidência nos contratos aleatórios (arts. 458 e 459 do CC), em que incide uma incerteza quanto às prestações das partes - ou sobre a sua quantidade -, não sendo possível prever sobre qual delas recairá a álea. c) *O acontecimento extraordinário será qualificado por sua imprevisibilidade.* A teoria da imprevisão é de cunho subjetivo, na medida em que a admissão da resolução contratual é condicionada à demonstração de que ao tempo da contratação havia total impossibilidade de as partes anteverem o evento extraordinário que conduziria uma delas à onerosidade excessiva, frustrando a justa expectativa no êxito do programa contratual. *Com efeito, a imprevisibilidade remete à teoria da vontade, pela qual o aspecto psicológico do declarante - e não o teor da declaração - determinará se o evento poderia ou não ser previsto e, assim, será determinado se o fato superveniente for fruto de sua negligência ou merecer intervenção do ordenamento jurídico.* Porém, o artigo em comento vai além da teoria da imprevisão. Para a resolução contratual exige-se que o fato superveniente acarrete não só enorme desvantagem para uma das partes como ainda extrema vantagem para a outra. A inclusão desse conceito jurídico indeterminado dificulta a aplicação do modelo jurídico, pois não é raro que a desgraça de uma das partes não corresponda ao enriquecimento injustificado da outra. Vale dizer que é frequente ouvir que um dos contratantes se arruinou em decorrência da onerosidade excessiva e a outra parte se manteve na mesma situação - ou até mesmo experimentou pequenas perdas -, mas é difícil que tenha obtido um ganho inversamente proporcional às perdas do parceiro contratual. Aliás, mesmo havendo ganho injustificado, há que lembrar a dificuldade da obtenção de provas em tal sentido. Em sentido diverso, o [RTD CDC](#) adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico, dispensando a discussão o sobre a previsibilidade do evento, sendo suficiente a alteração das circunstâncias mínimas que representam a finalidade do contrato. Com efeito, o art. [6.º, V, do RTD CDC](#) requer para a revisão contratual de relações alicerçadas em ofertas de produtos e serviços simplesmente a circunstância da onerosidade excessiva em detrimento do aspecto subjetivo da vontade do declarante. Nas relações consumeiristas é suficiente a constatação pelo juiz do desaparecimento dos fatores sociais e econômicos existentes ao tempo da contratação e indispensáveis à economia do negócio jurídico. Por fim, andou bem a norma ao retroagir os efeitos da sentença à data da citação e não à da própria celebração do contrato, tendo em vista a ausência de motivação para que o desfazimento da obrigação alcance as finalidades comuns obtidas na época com que ainda não havia se manifestado a onerosidade excessiva. Ademais, há o ônus do interessado em promover a demanda resolutória, pois enquanto não o fizer, por mais que evidenciada

a situação aflitiva, não será esse período de inércia coberto pelos efeitos retroativos da sentença desconstitutiva." (Rosenvald, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406 de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1961. Coordenador César Peluso, 7. ed., rev. e atual., São Paulo: Manole, 2013. p. 530/532).*

As jornadas de Direito Comercial e Direito Civil do Conselho da Justiça Federal produziram os seguintes enunciados sobre a onerosidade excessiva regulamentada pelo art.  478 do  Código Civil:

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

Enunciado 175 Jornada III DirCiv CJF: *'A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no CC 478, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz'.*

Enunciado 176 Jornada III DirCiv CJF: *'Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o CC 478 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual'.*

Enunciado 365 Jornada IV DirCiv CJF: *'A extrema vantagem do CC 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena'.*

Enunciado 366 Jornada IV DirCiv CJF: *'O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação'.*"

É mais do que óbvio que aquela que já vem sendo considerada maior crise econômica da história do Brasil tem o potencial para desequilibrar diversas relações contratuais, vez que a mesma certamente traz condições de mercado bastante díspares das que eram verificadas antes de sua materialização.

Instalada a atual crise, a deterioração da saúde econômica do país não só foi rápida como trouxe condições radicalmente diferentes dos períodos que a antecederam (alguns até de bonança e pujança econômica), de modo que é razoavelmente incontestável que o espectro e a amplitude da atual crise eram imprevisíveis (por mais que a própria crise em si talvez não o seja) autorizando assim, verificada a onerosidade excessiva a aplicação do art. 478 do CC.

Neste cenário, cabe aos bancos públicos levarem em consideração o art. 478 do CC, se não para promover a resolução dos contratos dos devedores em dificuldades financeiras, mas para promover sua revisão, conforme inclusive prevê o art. 479⁸ do CC.

Em sede administrativa, por iniciativa própria ou mediante provocação, os bancos públicos devem atentar para os casos onde seus contratados estejam submetidos a onerosidade excessiva em virtude dos efeitos da crise econômica para propor e posteriormente promover a revisão dos contratos dos seus clientes em dificuldade.


Em sua busca pelo desenvolvimento nacional e o pleno emprego cabe ao Estado, por meio dos seus bancos oficiais, garantir o equilíbrio das relações contratuais e possibilitar que a onerosidade excessiva não seja mais um componente de adversidade a se somar aos que já acompanham a crise econômica.


5. A necessária observância do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais: esforço do banco público para ajudar o cumprimento dos contratos apesar das dificuldades impostas pela crise econômica

O art. 422 do CC garante a necessidade de observância, por parte dos contratantes, quando da execução e conclusão do negócio jurídico, da observância do princípio da boa-fé objetiva:




"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os

princípios de probidade e boa-fé."

A expressão "boa-fé", utilizada pelo  [Código Civil](#), é, por sua vez, definida pela doutrina da seguinte maneira:

"Há que salientar que existem duas acepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. O princípio da boa-fé objetiva - circunscrito ao campo do direito das obrigações - é o objeto de nosso enfoque. Compreende ele um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. Em sentido diverso, a boa-fé subjetiva não é princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito, que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. Localiza-se como atributo qualitativo de posse (art. 1.201 do CC) e requisito da usucapião ordinária (art. 1.242 do CC); também como elemento de apreciação de indenização de acessões e benfeitorias (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, *o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade*, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão. Por isso, *a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo regras de correção*, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social. O princípio da boa-fé atuará como modo de enquadramento constitucional do direito das obrigações, *na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito negocial.* (...) O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Os deveres principais da prestação constituem o núcleo dominante, a alma da relação obrigacional. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato. Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela. *Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra.* Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo" (Rosenvald, Nelson.  [Código Civil Comentado](#). Coord.: Cezar Peluso, São Paulo: Manole, 2007. p. 421/422).


Por seu turno, Maria Helena Diniz leciona sobre o princípio da probidade e da boa-fé o seguinte:

"O princípio da probidade e o da boa-fé objetiva estão ligados não só à interposição do contrato, pois segundo eles, o sentido literal, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que *as partes têm o dever de agir com honradez, denodo, lealdade, honestidade e confiança recíprocas, isto é, proceder de boa-fé tanto na tratativa negocial, formação e conclusão do contrato como em sua execução e extinção, impedindo que uma dificulte a ação da outra.* A boa-fé subjetiva é atinente ao fato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico. E a *boa-fé objetiva*, prevista no artigo *sub examine*, *é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente.* 'A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts.  [187](#) e  [422](#) do  [Código Civil](#)' (Enunciado 362 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV *Jornada de Direito Civil*). *Ressalta-se que, em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpas.* Esse artigo não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós contratual. *'A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato'*

(Enunciado 170 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*). A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes, incompatível com conduta abusiva, tendo por objetivo gerar, na relação obrigacional, a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição de riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa. E, na interpretação da cláusula geral de boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do [Código Civil](#) e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos (Enunciados 24, 25, 26 e 27, aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). Para Miguel Reale a boa-fé é condição essencial à atividade ético-jurídica, caracterizando-se pela probidade dos seus participantes. A boa-fé, continua ele, é forma de conduta e norma de comportamento, sendo ainda, na lição de Judith Martins-Costa, um 'cânone hermenêutico integrativo do contrato; como norma de criação de deveres jurídicos e como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.' O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar agravamento do próprio prejuízo (Enunciados 168 e 169 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*). *Íntima é a relação do princípio da boa-fé objetiva com o da probidade, que requer honestidade no procedimento dos contratantes e no cumprimento das obrigações contratuais.* 'Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação' (Enunciado 363 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*).'' (Diniz, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 363/364).

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes lecionam sobre as acepções do termo "boa-fé" contida no art. [422](#) do [Código Civil](#) e as suas respectivas funções:

"A noção de boa-fé é ambivalente, comportando a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Como princípio aplicável ao direito contratual, o preceito em análise cuida da boa-fé objetiva. A distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva não suscita divergência. A boa-fé subjetiva relaciona-se com o estado de consciência do agente por ocasião de um dado comportamento. Referida em diversos dispositivos legais, como é o caso do art. 1.201 do CC, consiste no desconhecimento de um vício, relativamente ao ato jurídico que se pratica ou à posse que se exerce. *Já a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial.* No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato. Daí se afirmar que a boa-fé subjetiva 'mais não representa do que um elemento constitutivo da previsão de uma norma, funcionando, pois, como um pressuposto de facto da sua aplicação', ao passo que *a boa-fé é a própria norma, fonte direta de deveres de conduta exigíveis quer do devedor quer do credor no âmbito da relação obrigacional* (Rui de Alarcão. *Direito das Obrigações*. p. 91). Sob a perspectiva constitucional, a boa-fé decorre de 'quatro princípios fundamentais para a atividade econômica, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa humana (art. [1.º, III](#), [CF](#)); 2. O valor social da livre iniciativa (art. [1.º, IV](#), [CF](#)); 3. A solidariedade social (art. [3.º, I](#), [CF](#)); IV. A igualdade substancial (art. [3.º, I](#), [CF](#))', vinculados diretamente à dicção do art. [170](#), [CF](#), de modo a enfatizar 'o significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos da ordem constitucional' (Gustavo Tepedino. *Crise de fontes normativas*. p. XXXII. V. também Leonardo Mettietto. *O direito civil-constitucional*. p. 163 e ss.). *A boa-fé contratual traduz-se, pois, na imposição aos contratantes de um agir pautado pela ética da igualdade e da solidariedade.* Ao perseguir seus interesses particulares, devem as partes de um contrato conferir primazia aos objetivos comuns e, se for o caso, às relações existenciais sobre as patrimoniais, e à preservação da atividade econômica em detrimento da vantagem individual. Em vez de um indivíduo tomado em si e por si, cuja liberdade se considerava bem supremo e intocável, a tutela da pessoa, instituída pelo sistema constitucional, atribui ao direito contratual novos deveres, *qualificando-se o contrato como um instrumento de realização de objetivos que só merecem proteção jurídica se e enquanto estiverem de acordo com os valores da sociedade.* Na base do projeto constitucional está a construção de uma sociedade mais justa e solidária ([CF](#), art. [3.º, I](#)), atribuindo-se ao direito contratual, por meio de princípios como a boa-fé, papel fundamental nesta direção. A fim de contornar a excessiva amplitude do princípio, a doutrina procura

dar conteúdo mais preciso à boa-fé objetiva por meio da identificação de três funções: i) cânon interpretativo-integrativo; ii) norma de criação de deveres jurídicos; e iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. A referida tripartição funcional, inspirada nas funções do direito pretoriano romano, foi modernamente sugerida por Franz Wieacker (*El principio general de buena fe*. p. 50, invocando Boehmer), que se refere à atuação do § 242 do BGB em três funções: *iuris civilis adiuvandi, supplendi o corrigendi gratia*. (...) *Como regra de interpretação, o recurso ao princípio da boa-fé serve para melhor especificar a finalidade do acordo à luz das circunstâncias concretas que o caracterizam*. (...) Como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé dá origem aos chamados 'deveres laterais', também conhecidos como acessórios, ou ainda secundários, em razão de não se referirem direta e primordialmente ao objeto central da obrigação. Ao se exigir dos contratantes, quer na conclusão, quer na própria execução do contrato, 'guardem os princípios da probidade e boa-fé', o CC, muito mais do que apenas exigir um dever geral de não prejudicar, autoriza a imposição de uma série de deveres de conduta mutuamente exigíveis entre os contratantes e que independem da vontade de um e de outro. (...) No que toca à sua terceira função, o princípio da boa-fé combina-se com a teoria do abuso de direito para impor restrições ao exercício de direitos subjetivos. Nesse sentido, a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares (v. comentário ao art. 187). Nesses casos, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua conformidade com a boa-fé e, como tal, deixa de merecer a tutela do ordenamento jurídico. Em tal contexto, faz-se referência ao princípio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua acepção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial. 'De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos' (Anderson Schreiber. *A proibição do comportamento contraditório*. p. 90)" (Tepedino, Gustavo; Barboza, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de.  [Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República](#). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 16/20).

Nelson Nery Junior, em seus comentários acerca do art.  422 do  [Código Civil](#), destaca a obrigatoriedade de a cláusula geral de boa-fé objetiva ser respeitada pelos contratantes como um verdadeiro padrão de conduta:

"É cláusula geral (v. coments. Prelim. CC 1.º), ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurígena assim como a lei e outras fontes. *É fonte jurígena porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes. Com isso a norma do CC 422 classifica-se, também, como regra de conduta* (Martins-Costa. *Boa-fé*. p. 412), seguindo, nesse passo, o direito italiano (CC ital. 1175 e 1337). Deixou de ser princípio geral de direito porque incluída expressamente no texto do direito positivo brasileiro. A cláusula geral de boa-fé objetiva é norma jurídica que, entretanto, possui características próprias que a distinguem de outras normas jurídicas positivas. É uma ordem geral da lei ao juiz para que profira sentença, observando a lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes, ou que simplesmente possa agir mediante juízo lógico de subsunção. Essa norma (cláusula geral de boa-fé objetiva) se diferencia das outras regras de direito positivo somente por duas circunstâncias: a) primeiro por intermédio de sua indeterminação (daí porque cláusula geral); e b) pela referência não aos preceitos positivos, mas a mandamentos (lealdade e boa-fé) ou critérios (usos e costumes) sociais e metajurídicos (Wieacker. *Präzisierung*. p. 10). *A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva*. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurígena criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. É interessante a definição de Betti para a boa-fé: 'Essa é essencialmente fidelidade e empenho de cooperação' (Betti. *Neg. giuridico*. p. 77 '*Essa è essenzialmente fedeltà e impegno di cooperazione*'). (...) *As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações)*. (...) estão compreendidas no CC 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado (v. CC 462). Com isso os entabulantes -

ainda não contratantes - podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formulação do contrato (responsabilidade pré-contratual) e os ex-contratantes - o contrato já se findou pela sua execução - também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)." (Nery Junior, Nelson. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 480/481).

Attila de Souza Leão Andrade Jr. classifica a cláusula geral de boa-fé prevista no art. 422 do CC (donde se extrai também a ideia de respeito ao princípio da probidade) como inerente ao próprio trato comezinho mantido entre os componentes de uma mesma sociedade, trato este que deve ser marcado pela fidedignidade/confiança, sob pena de desnaturar-se o objetivo da vida em sociedade que é o de respeitar o direito alheio e esperar que o seu próprio direito seja pelos outros respeitado:

*"As relações humanas estão sempre permeadas pelos princípios da probidade e da boa-fé. Estes são a cola que fazem aderir as relações humanas tornando-as palatáveis e possíveis no contexto da vida gregária. Costumamos sempre utilizar esta imagética aos alunos em classe, ao indagar que sem esses princípios a vida seria absolutamente infernal. Imaginem caso não pudéssemos confiar nos princípios da probidade e de boa-fé que fizeram que os fabricantes do automóvel o tivessem manufaturado com a máxima cautela e zelo profissional. Assim confiamos simplesmente nos fabricantes e fazemos diariamente nossos carros rolar pelas rodovias. Da mesma forma, confiamos nas empresas fabricantes e mantenedoras dos elevadores, e, sem pestanejar, diariamente nos fazemos por eles transportar para os nossos escritórios ou a quaisquer outras destinações citadinas. Ou, ainda o mesmo princípio que nos permite fazer uma operação cirúrgica, ou simplesmente fazer a barba, confiamos, simplesmente confiamos, em que as pessoas que conduzam tais operações sejam probas e sanas em se utilizando do princípio da boa-fé e não irão nos prejudicar ou lesionar. Assim é que o art. 422 estabelece que os contratantes, ao celebrarem os contratos e na sua execução, devam guardar a observância a tais princípios. São deveres primários que inspiram os homens desde tempos imemoriais, aqueles que nos obrigam a ser decentes e honestos uns com os outros, aqueles a que os romanos já intuía nas fórmulas *naeminem laedere* e os que proibiam as pessoas de enriquecerem sem causa. Neste aspecto, há no direito, inexoravelmente, a ideia do ético, do moral e do justo, obrigando-nos a utilizar desses princípios que não estão nos livros, mas nos corações dos homens."* (Andrade Junior, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III: Dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 4).

Como visto a boa-fé objetiva estabelecida no art. 422 do CC traduz a obrigatoriedade de as partes contratantes atuarem sob um padrão ético que pressupõe um regime de cooperação, onde cada parte colaborará para o devido cumprimento do contrato.



É certo, portanto que, em épocas de crise econômica, quando os bancos estatais renegociam as dívidas dos seus clientes, concedem-lhes mais prazo para pagamento e promovem desconto nos juros estão possibilitando aos seus contratantes o cumprimento dos contratos outrora celebrados.

Manifesta-se como expressão da boa-fé objetiva a adoção de medidas proativas por parte dos bancos estatais para evitar o superendividamento e a asfixia financeira dos seus clientes, já que tais medidas são em última análise instrumentos para garantir o cumprimento dos contratos.

Inobservada a boa-fé objetiva, corre o banco estatal o severo risco de não ter seus contratos adimplidos, pois mantendo-se inerte na crise econômica e não dando apoio aos seus clientes em momentos de dificuldade não estará a instituição financeira atuando de forma leal para o devido cumprimento do contrato.

6. Duty to mitigate the loss: a necessidade de os bancos estatais negociarem as dívidas para consigo como forma de mitigarem seus próprios prejuízos

Citando a professora Véra Maria Jacob de Fradera, Daniel Pires Novais Dias leciona o seguinte acerca da recepção do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro:

"Fradera defende ser possível esta recepção por meio do princípio da boa-fé previsto no art.  [422](#) do  [CC/2002](#): *o duty to mitigate the loss corresponderia a um dever acessório de mitigar a (própria) perda*. Além desta via, Fradera menciona, sob a influência da jurisprudência francesa, ser também possível a recepção com base

na proibição de *venire contra factum proprium* e no abuso de direito." (Dias, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin). Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos. vol. 3. São Paulo: Ed RT, 2011. p. 685).

E no que consiste o *duty to mitigate the loss*? Flávio Tartuce oferece a resposta:

"*Trata-se do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo.* Sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado 169 CJF/STJ na III Jornada de Direito Civil, pelo qual '*O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*'. A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC. Anote-se que o Enunciado 169 CJF/STJ está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, no sentido de que 'A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída'. Para a autora da proposta, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes. A ilustrar a aplicação do *duty to mitigate the loss*, ilustre-se com o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, há um dever por parte do locador de ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos. O mesmo argumento vale para os contratos bancários e financeiros em que há descumprimento. Segundo a interpretação deste autor, já aplicada pela jurisprudência, *não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim agir, como consequência da violação da boa-fé, os juros devem ser reduzidos* (nesse sentido, ver: TJMS, Acórdão 2009.022658-4/0000-00, Campo Grande, 3.^a T., rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, DJEMS 24.09.2009. p. 12 e TJRJ, Apelação Cível 0010623-64.2009.8.19.0209, Nona Câmara Cível, Apelante: Paulo Roberto de Oliveira, Apelado: Banco de Lage Landen Brasil S.A, Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva, j. junho de 2011; o último, com citações a esta obra)." (Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 451/452).

O *duty to mitigate the loss*, conforme leciona Daniel Pires Novais Dias, é um dever acessório que decorre do princípio da boa-fé objetiva:

"*Os fundamentos jurídicos elencados pela doutrina brasileira para recepcionar o duty to mitigate the loss são: dever acessório, abuso de direito, venire contra factum proprium e supressio. (...) O principal fundamento de recepção do duty to mitigate the loss defendido pela doutrina brasileira é o de dever acessório.* Esta tese parte da noção de que o princípio da boa-fé, positivado no art. ^{RTD} 422 do ^{RTD} CC/2002, impõe às partes contratantes deveres acessórios de cooperação ou lealdade entre si. O *duty to mitigate* é encarado como uma concretização desta noção de cooperação, uma vez que impõe a uma das partes conduta voltada a evitar a oneração da prestação da outra. Assim, sob esta perspectiva, trata-se o *duty to mitigate the loss*, no direito civil brasileiro de um *dever acessório de mitigar a (própria) perda. (...) em uma relação obrigacional decorrente do acordo de vontades, o dever acessório que recai sobre ambas as partes de não onerar nem complicar a atuação da outra tem por fundamento o próprio acordo de vontades por elas firmado e tem por finalidade acautelar e substancializar a prestação contratada; assim, o credor que onera ou complica a atuação do devedor está se voltando contra o que foi por ele pactuado, bem como contra o equilíbrio das prestações.*" (Dias, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin). Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos, vol. 3, São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 708 e 711).

No Brasil, o *duty to mitigate the loss* tem encontrado grande aplicação junto aos bancos, conforme se vê a seguir:

"Os *contratos bancários* são a principal fonte da doutrina para criar exemplos de aplicação do *duty to mitigate*. *Afirma-se, em geral, que as instituições financeiras, mormente 'diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual', não podem permanecer inertes em face do inadimplemento contratual, devendo adotar medidas para minimizar o próprio prejuízo*" (Dias, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin). Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos, vol. 3. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 686).

Resta óbvio que o banco público não pode assistir passivamente o endividamento dos seus clientes sob pena de os mesmos se inviabilizarem economicamente e não quitarem as dívidas com o banco.

No severo período de crise econômica que aflige o país, o caráter estatal dos bancos públicos deve ser ressaltado, já que ações governamentais para combater os efeitos da crise passam por evitar prejuízos, algo que é ínsito ao *duty to mitigate the loss*.

7. Conclusão

Diante de uma crise econômica que já é considerada a maior da história, associada a uma crise política que culminou num processo de *impeachment* da Presidente da República, em que não há previsão acerca da extensão e da natureza de todos os seus efeitos, vislumbra-se como crucial uma atuação ostensiva do Estado para, dentro dos limites legais, intervir na economia e tentar mitigar a recessão, a inflação, o fechamento de empresas e o desemprego.

Mantendo-se inerte num momento de tamanha gravidade, perde o Estado inclusive a legitimidade para sua própria existência, pois o mesmo tem o dever de conseguir acolher seus administrados em períodos de crise.

Os bancos estatais devem obrigatoriamente promover uma gestão social dos seus contratos, observando o princípio da preservação da empresa, os casos de onerosidade excessiva, o princípio da boa-fé e o *duty to mitigate the loss*, sob pena de negarem seu papel de instrumentos de ação governamental do Estado na busca do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades e do pleno emprego.

Referências

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III: dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.


ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de regulação da economia. *RDM* 122/38-47. Apud Tavares, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Curso de direito administrativo econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo et. al). vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin), Coleção doutrinas essenciais - Obrigações e contratos. vol. 3. São Paulo: Ed. RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no  [Código Civil](#) brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. *Dos Contratos* (org. Alyson Rodrigo Correia Campos et. al). Recife: Editora Nossa Livraria, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. *Contratos: princípios e limites* (org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin), Coleção doutrinas essenciais -Obrigações e contratos. vol. 3. São Paulo: Ed RT, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil comentado* (livro eletrônico baseado na 11. ed. impressa). São Paulo: Ed RT, 2014.

_____. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PEREIRA, Lutero de Paiva. Breve abordagem sobre a administração econômica do Estado. *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. José Eduardo Martins Cardozo et. al). vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975, vol. 2. p. 250. Apud Pacheco, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenador: Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.


_____. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406 de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1961*. Coordenador César Peluso. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. A reforma do Estado e empresas estatais. *Direito Administrativo Econômico* (coord. Carlos Ari Sundfeld). 1. ed., 3.^a tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de.  [Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República](#). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pesquisas do Editorial

- A COMPROVAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: UMA NOVA REFLEXÃO A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA, de Fernanda Mara Gibran - RDC 63/2007/27
- CONTRATO DE CRÉDITO CONSIGNADO E SUA REVISÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA, de Ricardo Canan - RDC 95/2014/147
- CRÉDITO, INADIMPLÊNCIA E OS DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NOS CONTRATOS BANCÁRIOS, de Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira - RDC 102/2015/195