

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

RAFAEL AUGUSTO PAES DE ALMEIDA

**A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS NO SISTEMA DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

São Paulo - SP

2017

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

RAFAEL AUGUSTO PAES DE ALMEIDA

**A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS NO SISTEMA DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Alessandro Hirata.

São Paulo - SP

2017

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alessandro Hirata

À minha querida esposa Catherine, pelo seu amor
e sua compreensão.

Ao Gabriel, filho muito amado que chegará ao mundo e
nos dará muitas alegrias.

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais, pelo amor e apoio na minha formação como ser humano e profissional do Direito.

Ao Prof. Dr. Alessandro Hirata, que, com sua paciência e compreensão, sempre me auxiliou nos estudos para a realização deste trabalho e que me despertou, ainda, a paixão e o gosto pelo magistério.

Ao Prof. Dr. Marco Fábio Morsello, por suas preciosas orientações e por sua didática, dividindo seus conhecimentos jurídicos com os alunos. Sinto falta de suas aulas expositivas e dos seminários nas Arcadas.

À Prof. Dra. Kelly Cristina, pelo seu direcionamento bibliográfico, bem como pelas suas orientações estruturais para a redação desta pequena dissertação.

A todos os funcionários da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que sempre me auxiliaram com presteza nas pesquisas bibliográficas.

RESUMO

Esta dissertação tem como tema a revisão judicial dos contratos no sistema de defesa do consumidor no que concerne ao sinalagma funcional. Inicialmente, faz-se necessária uma retrospectiva sobre a alteração das circunstâncias contratuais desde o Direito Romano, passando-se pela Idade Média, pelas modernas doutrinas, sobretudo na Alemanha, na Itália e na França, as quais tiveram forte influência para o desenvolvimento da alteração das circunstâncias no Direito Brasileiro. Na sequência, são delineados os princípios informadores do Código Civil e do Sistema de Defesa do Consumidor, com a descrição e a análise de suas respectivas formas de atuação para revisar os contratos em virtude da alteração superveniente do equilíbrio econômico. Para o Sistema de Defesa do Consumidor, basta a comprovação da onerosidade excessiva, ao contrário do Código Civil, o qual requer a comprovação da extraordinariedade e a imprevisibilidade. Em continuidade, são analisadas a definição de consumidor e as espécies de revisão consumerista. Na casuística, destaca-se o caso do *leasing* cambial, bem como a distribuição de riscos nos contratos bancários de concessão de crédito. Por fim, é objeto de estudo a possibilidade de revisão judicial nos casos de superendividamento do consumidor, nos contratos existenciais e interempresariais e também nos contratos relacionais.

Palavras-chave: Alteração superveniente do equilíbrio econômico – onerosidade – consumidor – *leasing cambial* – contratos bancários – superendividamento – contratos existenciais e interempresariais – contratos relacionais

ABSTRACT

The subject matter of this dissertation is the judicial review of contracts in the consumer protection system with regard to functional bilateral contract. Initially, it is necessary a retrospective regarding the alteration of the contractual circumstances since the Roman Law, going through the Middle Ages, the modern doctrines, especially in Germany, Italy and France which had a strong influence in the development of the alteration of the contractual circumstances in Brazilian Law. Following, the informative principles of the Civil Code and the Consumer Protection System were outlined with the description and analysis of their respective forms of performance to review the contracts due to the alteration supervened from the economic balance. For the Consumer Protection System, the evidence of excessive burden is enough, unlike the Civil Code, which requires evidence of the extraordinary nature and unpredictability. Following, the definition of consumer and species of consumerist review were analyzed. In this series, the case of foreign exchange leasing stood out, as well as the distribution of risks in banking contracts of granting of credit. Finally, the possibility of judicial review in cases of consumer over-indebtedness, in the existential and cross-company contracts and also in relational contracts were the object of study.

Key-words: Alteration supervening from economic balance – excessive burden – consumer – leasing cambial – banking contracts – over indebtedness – existential and cross-companies contracts –relational contracts

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>.....	24
2.1 Breve introdução à cláusula <i>Rebus Sic Stantibus</i>	24
2.2 Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> no direito romano e nas escolas dos glosadores e pós-glosadores.....	26
2.3Evolução da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> no direito português.....	33
2.4 Interpretação restritiva da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e declínio da doutrina.....	34
3. ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E O MODERNO DIREITO ALEMÃO.....	37
3.1 Teoria da pressuposição.....	37
3.2 Teoria da base do negócio.....	39
4. ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E A TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO FRANCÊS.....	44
5. ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E A TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE NO DIREITO ITALIANO.....	49
6. BREVE SÍNTESE DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	53
7. DISTINÇÕES ENTRE ONEROSIDADE EXCESSIVA E IMPOSSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO	60
7.1 Impossibilidade subjetiva e objetiva	61
7.2 Impossibilidade absoluta e relativa	62
7.3 Superveniente ruína pessoal	63
7.4 Inutilidade de prestação.....	64
7.5Balizas da interpretação da alteração das circunstâncias.....	65

8. DIFERENÇAS DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS COM ALGUNS INSTITUTOS JURÍDICOS.....	66
8.1 Caso fortuito ou de força maior.....	66
8.2 Abuso de direito	67
8.3 Enriquecimento sem causa.....	68
8.4 Lesão	68
8.5 Cláusula de escala móvel.....	68
9. PRINCÍPIOS GERAIS E CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL.....	69
9.1 Paradigma liberal.....	69
9.1.1 Princípio da autonomia da vontade.....	70
9.1.2 Princípio da força vinculante das convenções.....	70
9.1.3 Princípio da relatividade das convenções.....	71
9.2 Paradigma pós-moderno.....	72
9.2.1 Princípio da boa-fé objetiva.....	73
9.2.2 Princípio do equilíbrio do contrato.....	74
9.2.3 Função social do contrato.....	76
10. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO.....	78
10.1 Código Civil	78
10.2 Existência de um contrato de trato sucessivo ou de execução diferida.....	79
10.3 Ocorrência de fato imprevisível e extraordinário.....	80
10.4 Onerosidade excessiva para uma das partes.....	81
10.5 Ausência de estado moratório de quem alega onerosidade.....	83
11. PRINCÍPIOS GERAIS E CONTRATUAIS NO SISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	85
11.1 Princípio da boa-fé.....	87

11.2 Princípio do equilíbrio.....	88
11.3 Princípio da intervenção do Estado.....	89
11.4 Princípio da harmonia nas relações de consumo.....	90
12. DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR.....	92
12.1 Teoria finalista.....	94
12.2 Teoria maximalista.....	96
13. REVISÃO DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DO SISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	99
13.1 Pressupostos.....	99
13.2 Espécies de revisão no sistema de defesa do consumidor.....	100
13.3 <i>Leasing</i> Cambial.....	104
13.4 Distribuição dos riscos nos contratos bancários.....	112
13.5 Superendividamento X Onerosidade Excessiva.....	117
13.6 Revisão judicial nos contratos existenciais e interempresariais.....	121
13.7 Contratos relacionais e a revisão judicial.....	128
14. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

O contrato passou a ser importante instrumento de emancipação do ser humano, contribuindo de forma inegável para o desenvolvimento social e econômico, pois propicia a livre circulação de bens e riquezas, pilar fundamental do sistema capitalista, fundado no princípio da livre iniciativa.

A sociedade pós-moderna, depois dos grandes eventos dos séculos XIX e XX, adquiriu um contorno muito mais complexo. E o direito, como caixa de ressonância do meio social, necessita olhar com atenção todas as mudanças com o devido protagonismo, no sentido de promover a paz social numa sociedade hipercomplexa, a qual se revela na multiplicidade de direitos com uma pluralidade de grupos sociais justapostos, contudo sem valores compartilhados¹.

O mencionado fenômeno está associado ao aumento dos bens considerados merecedores de tutela jurisdicional, à extensão de alguns direitos típicos para sujeitos diversos, porque o homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é observado de acordo com suas diversas maneiras de ser em sociedade – como criança, velho, doente².

O fim do liberalismo clássico, caracterizado como o livre jogo de forças econômicas, não mais subsiste em sua plenitude na sociedade de consumo de massa, hipercomplexa.

O *laissez-faire*, juntamente com a sua doutrina associada da liberdade contratual, teve vigorosos defensores durante o século XIX. Todavia, no século XX, essa doutrina não foi bem recebida pela comunidade jurídica e filosófica. Tomou-se como premissa que a liberdade contratual não pode ser aplicada em sua plenitude para complexas sociedades contemporâneas.

Laissez-faire é a filosofia política cujo sentido popular apregoa que o governo deve manter suas mãos fora da economia, pois ela pode autorregular-se. O *laissez-faire*, pelo menos como visto por seus proponentes, concede um papel para o Estado na criação e estabilização dos direitos de propriedade e execução dos contratos. Em outras teorias

¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). **Doutrinas Essenciais do Consumidor**. RDC 33/123. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 556.

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

normativas, torna-se explícita a necessidade de julgamentos sobre quais regulações trabalharão em favor do interesse público e quais não o farão³.

No entanto, o *laissez-faire* é insensível às diferenças de riqueza e de status. Muitas vezes, a própria literatura jurídica recebeu pesadas críticas ao ignorar as distorções que as grandes concentrações de riqueza e processos de mercado podem provocar nos direitos dos consumidores e dos trabalhadores.

A crítica do *laissez-faire* tem dois níveis. O primeiro aborda os grandes temas do capitalismo industrial e questões políticas, revelando-se, em vários contextos, como o papel da assunção de risco no caso de responsabilidade civil, das relações trabalhistas, dos casos antitrustes e das taxas para utilização de serviços públicos e de outros setores da economia regulados. O segundo nível reside nas falhas que a doutrina da liberdade contratual não conseguiu prever, sobretudo no que diz respeito à questão das consequências sociais.

Os direitos de liberdade e propriedade necessitam, em princípio, de perpetuidade, todavia, importantes eventos ocorridos durante os séculos XIX e XX – a Revolução Industrial⁴, a crise da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, as duas Grandes Guerras Mundiais – e, mais recentemente, o advento da globalização da economia – que se inicia com a saída dos Estados Unidos do sistema *Bretton Woods*, em 1971 –, a crise do petróleo, em 1973, e a liberação dos mercados ingleses, em 1980, revelaram que os postulados contratuais tradicionais se mostraram insuficientes para a resolução de determinadas situações inerentes à sociedade hipercomplexa.

Além do crescimento das Ciências Sociais no século XIX, o novo patamar de democracia alcançado pelos países ocidentais no século XX inseriram novidades na doutrina e, sobretudo, nas legislações. As leis oriundas do *Welfare State* promoveram o

³ EPSTEIN, Richard A. *Contracts Small and Contract Large: Contract Law through the lens of Laissez-Faire* in BUCKLEY, F.H. **The fall and rise of freedom of contract** (org.). Londres: Duke University Press, 1999, p. 29.

⁴ Enzo Roppo, ao discorrer sobre a evolução do contrato, aponta que o aumento das relações comerciais culminou com o crescimento do capitalismo. “E se tornar necessária uma confirmação indirecta desta estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado, atente-se em que não pode certamente atribuir-se ao mero acaso o facto de que as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devidas aos jusnaturalistas do séc. XVII e em particular ao holandês Grotius, têm lugar numa época e numa área geográfica que coincidem com a do capitalismo nascente; assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, *code Napoleon* de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e constitui o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe – a burguesia – à qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a sociedade”. (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p.25-26)

deslocamento para regras funcionais e promocionais (leis trabalhistas, lei de locações, o Código Civil Italiano de 1942, a Constituição Portuguesa de 1976, de forte conteúdo programático, e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos). Essa nova concepção de regras fomentou uma intensa discussão entre os juristas de formação romano-germânica sobre a função do direito na sociedade⁵.

O contrato, antes observado como um acordo formalizado por um único ato, que era capaz de regular todas as situações possíveis, sofreu adaptações pelos desafios impostos pela evolução social e econômica a partir da celebração do *pacta sunt servanda*.

O ajuste contratual transformou-se, em determinados contextos, num bloco dinâmico de direitos e obrigações para ambas as partes, configurando-se como um verdadeiro processo notabilizado como detentor de um instrumento cooperativo. Traçando-se um paralelo com o direito societário (*affectio societatis*), tem-se que, no processo contratual, verifica-se também o *affectio contractus* (circunstância admitida nos pactos de longa duração), sendo que pode ser ajustado no curso da demanda, passível de adaptações ou mesmo de dissolução⁶.

Ademais, como era de se esperar, além do contrato ser considerado um processo, de acordo com a visão contemporânea, os princípios contratuais tradicionais não são consentâneos com a sociedade de consumo de massa⁷ e a despersonalização do comércio jurídico⁸. O modelo contratual clássico não se compatibiliza com a sociedade de consumo, visto que os fornecedores e indivíduos são engolidos pela massificação das relações econômicas⁹.

⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Nuovi studi di teoria generale del Diritto. Roma: Laterza, 2007. No âmbito da Common Law, pode-se encontrar a discussão sobre a legitimidade do reconhecimento judicial dos direitos sociais em LIU, Goodwin. Rethinking constitutional welfare rights. **Stanford Law Review**, v. 208. Stanford: Stanford Law School, 2008. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/Liu.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2016. No Brasil, em GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 332.

⁷ ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito Contratual Contemporâneo** – A liberdade contratual e sua fragmentação. São Paulo: Método, 2008, p. 203-226.

⁸ “Um fenômeno similar de despersonalização das relações contratuais e de automatismo na actividade destinada a constituí-las é patenteado pela praxe de contratação *standardizada*, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino, etc. – resume-se, no máximo, a um simples acto de adesão mecânica e passiva ao esquema pré-formulado (...)” (ROPPO, E., op. cit., p. 302)

⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 243.

É óbvio que a liberdade contratual é um postulado sagrado, contudo, em razão do panorama dos direitos de terceira geração, isto é, dos direitos que buscam a proteção de interesses transindividuais, há, por certo, um alargamento dos bens merecedores de tutela jurisdicional. Tais direitos objetivam a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, transcendendo, portanto, a proteção dos atores de uma relação negocial tradicional.

Utilizando-se de uma abordagem do direito privado e destacando-se sua inter-relação com o direito econômico, pode-se realçar que as principais alterações pelas quais os contratos passaram são oriundas: (I) do surgimento da prestação de serviços massificados; (II) da repersonalização do direito dos contratos, trazida com constitucionalização do direito civil; (III) da aplicação de critérios distintivos de justiça contratual para o sujeito juridicamente vulnerável em ambiente de cláusulas predispostas; (IV) do vigor atribuído à cláusula geral de boa fé; (V) da adaptação dos contratos à continuidade dos fatos (execução continuada ou trato sucessivo); (VI) da mudança da situação de antagonismo dos interesses para um regime de cooperação entre as partes; (VII) das alterações decorrentes do comércio internacional, em virtude da globalização dos mercados¹⁰.

Até mesmo para o sistema do *Common Law* inglês, que é caracterizado pela prevalência das fontes provenientes de decisões jurisprudenciais (*case law subject*), e a imutabilidade contratual, foi criada uma base legislativa específica consubstanciada na Declaração dos Direitos do Consumidor de 1999 (*Consumer Rights Bill*)¹¹.

O modelo da *Common Law*, que preconiza a imutabilidade contratual, também é aplicado nos Estados Unidos. Ele define o contrato como sendo a expressão da vontade das partes, preconizando que cada contratante deve ter consciência do que é melhor para si, daí a necessidade de se barganhar. O Poder Judiciário deve interferir no contrato se o acordo celebrado não resultou da vontade das partes (fraude, correção, erro, etc.) ou se ocorreu descumprimento¹².

Para as relações de consumo, assim como o ordenamento inglês, os Estados Unidos têm um órgão federal, o *FTC – Federal Trade Commission* (www.ftc.gov), cuja

¹⁰ FEITOSA, op. cit., p. 557-570.

¹¹ ANDREWS, Neil. **Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 603-604.

¹² TIMM, Luciano Benetti. Justiça Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 876, p.19, out. 2008.

incumbência é regular e proteger os consumidores por meio da edição de vários atos normativos.

O esgotamento do sistema fechado do antigo Código Civil, cujo maior expoente foi o *Code Civil* de 1804, propiciou o nascimento de novos princípios sociais mitigadores da autonomia privada, os quais foram transformados em cláusulas gerais e levou ao protagonismo a própria Constituição Federal (interpretação da lei conforme as normas constitucionais).

O Código Civil deixou de ser o núcleo das relações de direito. Houve a chamada proliferação dos microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Sistema de Defesa do Consumidor, a Lei das Locações, o Estatuto do Torcedor e o Estatuto do Idoso¹³.

Como exposto, considerando-se a nova realidade contratual, que é complexa e dinâmica, tornou-se insuficiente a categorização dos contratos de consumo em contraposição aos contratos paritários e comuns¹⁴.

Notadamente nos contratos de consumo, em que se constata a presença, em um dos polos da relação contratual, da pessoa natural, há a necessidade de proteção diferenciada – são os chamados contratos existenciais.

Situação diversa é aquela constatada nos contratos empresariais (paritários), em que as pessoas envolvidas estão desprovidas do condão da hipossuficiência, pois os negócios jurídicos contratuais objetivam o lucro. Essa realidade foi detalhada pela doutrina à medida em que os contratos empresariais tiveram uma menor interferência judicial¹⁵.

Por conseguinte, as avenças que perduram no tempo (trato sucessivo ou de execução continuada) podem eventualmente sofrer com a alteração das circunstâncias, frustrando as pretensões das partes, e, sob o ponto de vista econômico, ocasionar distorções na alocação de riquezas. O desequilíbrio na execução do contrato certamente provocará a onerosidade excessiva a uma das partes.

¹³ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>> Acesso em: 02 Ago. 2016.

¹⁴ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; ETTORE NANNI, Giovanni; MARTINS RODRIGUES, Fernando (orgs.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p.296.

¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185-196.

Em regra, para a reprogramação do contrato, deve-se primeiro analisar o sinalagma. O sinalagma é o liame central da avença, que implica a dependência recíproca das obrigações, de forma que uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se a interdependência essencial entre as prestações¹⁶. O sinalagma recebe duas classificações, ou seja, ele pode ser genético, pois nasce juntamente com o contrato, ou funcional, quando ocorre durante a execução do contrato.

Quando uma das prestações se torna demasiadamente onerosa para uma das partes, não significa que o contrato não possa ser cumprido, mas apenas o fato de que, se a prestação é cumprida de forma desequilibrada, uma das partes sofrerá com a onerosidade, e isso certamente atentará contra a própria boa-fé objetiva.

O ordenamento brasileiro contempla a revisão contratual no Código Civil, nos artigos 478 a 480 e 317¹⁷. Há, ainda, outras disposições esparsas que tratam da revisão contratual, como, por exemplo, dos contratos de locação, empreitada e seguro.

Atendendo aos anseios de uma sociedade hipercomplexa, bem como no sentido de se harmonizar com a própria ordem econômica desenhada na Constituição de 1988, o Sistema de Defesa do Consumidor, diploma de notável importância, que provocou uma revolução no absentismo liberal do século XIX¹⁸, traz em seu bojo a possibilidade da revisão contratual, sobretudo nos artigos 4º, inciso III¹⁹, e 6º, inciso V²⁰.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 71.

¹⁷ Artigo 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.

Artigo 479 – A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Artigo 480 – Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Artigo 317 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-la, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 195.

¹⁹ Artigo 4º – A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...).

²⁰ Artigo 6º – São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

A possibilidade da revisão contratual insere-se em uma das formas de intervenção judicial nos contratos. A revisão contratual – atendendo a determinados requisitos – delimita o direito como criador de relações sociais mais justas e também como ferramenta essencial para o estabelecimento de um equilíbrio equitativo entre forças econômicas de diferentes vetores²¹.

A revisão dos contratos tem suporte de validade na própria Constituição Federal, na medida em que os princípios da ordem econômica²² contemplam a livre iniciativa e também a valorização do trabalho humano.

A revisão contratual mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos e, conforme se verá no decorrer do presente trabalho, há importantes diferenças entre o Código Civil e o Sistema de Defesa do Consumidor, pois o referido diploma consumerista está sintonizado com a sociedade de massa. Assim, no âmbito do direito privado, o instituto que mais sofreu mutações foi o contrato, o qual foi desenvolvido com base na teoria clássica sob a égide da liberdade de contratar.

A onerosidade excessiva, no âmbito consumerista, ao contrário da sistemática civilista, não resolve o contrato, mas busca manter seu conteúdo flexibilizando sua execução. A revisão contratual presente no Sistema de Defesa do Consumidor segue uma base principiológica própria, qual seja, de que o consumidor é a parte hipossuficiente e vulnerável da relação jurídica, portanto necessita da proteção específica consagrada no mencionado microsistema.

Além disso, é preciso delimitar a relação de consumo, tarefa em que a doutrina e a jurisprudência exercem um papel de grande relevância, sobretudo na fundamentação dos julgados para aplicação da revisão contratual.

Na década de 1970, o projeto do Código Civil que foi promulgado em 2002 optou por explicitar o princípio da boa-fé objetiva²³, função social dos contratos, combate

²¹ BARCELLONA, Pietro. **Intervento statale e autonomia privata**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 4-8.

²² Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²³ No sistema da *common law* dos Estados Unidos, o Código Comercial Uniforme Americano (*Uniform Commercial Code*) prevê que a boa-fé não pode ser afastada por contrato: *the obligation of good*

ao abuso de direito e a onerosidade excessiva. Foram introduzidas normas de controle nas relações contratuais massificadas (contratos de adesão), normas de responsabilidade objetiva, enfim, normas com forte conteúdo solidarista e intervencionista²⁴.

O Sistema de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) foi promulgado muito antes do atual Código Civil (2002), contudo já tinha incorporado as influências das modernas legislações consumeristas (Itália, França, Alemanha, Bélgica, México e Estados Unidos), apresentando-se sintonizado com os anseios da sociedade hipercomplexa do século XXI. Abarcou as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato, da solidariedade, da vulnerabilidade, dentre outras.

A revisão contratual preconizada no Sistema de Defesa do Consumidor, em comparação com o sistema adotado pelo Código Civil, necessita de menos pressupostos. Esta questão é de suma importância, pois, enquanto a revisão contratual contida no Código Civil pressupõe a existência de relação jurídica entre iguais, na revisão contratual consumerista o consumidor é a parte vulnerável, e esta vulnerabilidade se revela numa assimetria, seja ela de caráter técnico, fático ou jurídico²⁵.

Assim, o primeiro objetivo deste trabalho, além de debater a alteração de circunstância nos contratos, é responder quais são as diferenças entre os sistemas revisionistas do Código Civil e os do Sistema de Defesa do Consumidor.

O Sistema de Defesa do Consumidor tem uma regulação objetiva, de forma que a ocorrência de fato superveniente que provoque alteração objetiva no equilíbrio entre as prestações é suficiente para que se proceda à revisão do contrato. Por outro lado, o Código Civil em seu artigo 478 preleciona que, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, pode haver modificação ou até a resolução. Contudo, para que isso ocorra, o mencionado artigo impôs dois requisitos que não se encontram no Sistema de Defesa do Consumidor, quais sejam, a vantagem exagerada para uma das partes e a imprevisibilidade²⁶.

O escopo do direito do consumidor não é desvincular-se do pacto, mas sim mantê-lo íntegro e equilibrado, devendo, portanto, o juiz alterar os elementos da relação

faith may not be disclaimed by agreement. (§1-102) Trata-se de uma norma cogente e, portanto, deve ser respeitada pelas partes.

²⁴BENJAMIN, op. cit., p. 57.

²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.62.

²⁶AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de Convergência In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). **Doutrinas Essenciais do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 844, V. 1.

jurídica de modo a manter o vínculo contratual em patamares jurídicos e economicamente adequados.

A esse respeito foram desenvolvidas algumas teorias sobre o conceito de consumidor, dentre as quais se destacam a maximalista e a finalista.

Para os adeptos da teoria maximalista, o consumidor é aquele sujeito que retira a mercadoria ou recebe o serviço, seja para necessidade própria seja para uso profissional. A teoria finalista, por seu turno, é aquela que considera o viés teleológico como norte interpretativo, de forma que é consumidor todo aquele que destinatário final do produto ou do serviço, isto é, o produto ou serviço deve ser retirado da cadeia para uso próprio, com vistas à satisfação de uma necessidade pessoal do consumidor, portanto não poderá haver nenhuma vinculação profissional com a atividade do sujeito.

A análise dessas teorias é necessária para aplicação da revisão contratual regida pelo Sistema de Defesa do Consumidor, sobretudo considerando que toda e qualquer intervenção no contrato é exceção ao sistema, mitigação, portanto, ao postulado do *pacta sunt servanda*. Como será demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria finalista para aplicação nas relações jurídicas tuteladas pelo Sistema de Defesa do Consumidor.

Limita-se ao tema, como recorte metodológico, a análise da alteração das circunstâncias nos contratos regidos pelo Sistema de Defesa do Consumidor fundada na desestruturação superveniente da relação de equivalência material. Ademais, a alteração das circunstâncias é um elemento de relevantíssima importância, porque implica a mudança de equilíbrio da economia contratual e a configuração da excessiva onerosidade como elemento de desequilíbrio econômico do contrato, não se perquirindo se houve ganhos superiores por parte do outro contratante.

É importante considerar as classificações doutrinárias dos contratos existenciais e interempresariais, o comportamento da jurisprudência no caso do *leasing* cambial, os contratos relacionais e o superendividamento do consumidor nas operações de crédito.

Uma relevante observação a se apontar é com relação ao título do presente trabalho. Trata-se de “A Revisão Judicial dos Contratos no Sistema de Defesa do Consumidor”, e não simplesmente no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. A menção ao sistema de defesa do consumidor se dá exatamente porque as normas consumeristas encontram suporte de validade na Constituição Federal, além da recepção de quaisquer outros direitos provenientes de tratados internacionais de que o Brasil seja

signatário, da legislação interna, de atos normativos expedidos por autoridade administrativa e dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade (artigo 7º do Sistema de Defesa do Consumidor).

Em última instância, tanto as normas do Código Civil quanto as do Sistema de Defesa do Consumidor encontram arrimo na Constituição Federal, pois ambos são permeados por princípios-base que promovem a socialidade e a eticidade. Esses princípios-base desembocam nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio econômico, da solidariedade, da harmonia nas relações de consumo, dentre outros.

Os princípios-base constitucionais norteadores do sistema jurídico que possuem eficácia nas relações de direito privado são a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a igualdade substancial (artigo 3º, inciso III) e a solidariedade social (artigo 3º, inciso I). Acrescente-se, ainda, o próprio princípio da livre iniciativa.

A defesa do consumidor se constitui como proteção da pessoa humana em situação de particular vulnerabilidade, para promover os valores existenciais. Foi uma opção do legislador constituinte a legitimidade de interpretação das normas consumeristas em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio capaz de reformular o conceito de ordem pública, que passa a se fundar na solidariedade social e na plena realização da pessoa²⁷.

Após a exposição introdutória, no capítulo 1, iniciar-se-á a exposição sobre as teorias revisionistas. A cláusula *rebus sic stantibus* tem grande relevância, pois continua sendo mencionada pela doutrina e na jurisprudência. Inexiste no direito romano textos específicos sobre a teoria da imprevisão, pois a regra era a estabilidade do contrato. Contudo, ocasionalmente ocorriam hipóteses em que o pretor, fundamentado nas razões de equidade, decretava exceções ao princípio da estabilidade do contrato. Os romanos ainda não possuíam a ideia exata sobre a teoria da imprevisão, contudo não desconheciam a sua existência²⁸.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. In: LOTUFO Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva 2011, p. 72.

²⁸ “É certo que não podemos falar de textos que, expressamente, consagrem ou regulamentem o problema, e até se deve entender que a regra geral seria a estabilidade do contrato. Mas é natural, como refere o Prof. Jaime de Gouveia, que algumas vezes o pretor, levado por razões de equidade, tenha decretado exceções a esse princípio. Se quisermos resumir a posição do problema no direito romano, podemos dizer que ele não teve, certamente, uma ideia clara e nítida da imprevisão, mas não desconheceu a sua problemática”. (FERNANDES, Luís A. Carvalho. **A teoria da Imprevisão no Direito Civil Português**. Lisboa: Quid Juris, 2001, p.18.)

Sob o ponto de vista histórico, a cláusula *rebus sic stantibus* tem o seu nascimento notadamente no período medieval. Destaque-se Santo Agostinho, o qual defende a boa-fé para aquele que não faz porque algo impediu o cumprimento da promessa. Santo Tomás de Aquino, por seu turno, delinea a ideia de compatibilidade entre o respeito à palavra dada e o cumprimento das promessas, considerando-se as causas de escusa. Finalmente, cabe referência à Escola dos Glosadores e dos pós-Glosadores, que deram larga aplicação à cláusula *rebus sic stantibus* e contribuíram com as bases que durante alguns séculos serviriam a vários aperfeiçoamentos que perduraram até meados do século XIX²⁹.

Nos capítulos 2, 3 e 4, serão abordadas as principais teorias sobre a alteração das circunstâncias nos ordenamentos alemão, francês e italiano, que influenciaram a jurisprudência e a própria positivação sobre a revisão dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo 5, será feita uma breve retrospectiva sobre a alteração das circunstâncias no direito brasileiro. Por razões metodológicas, o tema será tratado por meio da doutrina, pois durante muito tempo o ordenamento jurídico brasileiro não dispunha de dispositivo normativo sobre ele. Obviamente que, em razão desse hiato, a jurisprudência é uma grande aliada, pois traz suporte de validade aos estudos doutrinários, de forma que o direito indubitavelmente é um sistema de segunda ordem³⁰, revelando que a doutrina e a jurisprudência convivem de forma simbiótica, contribuindo decisivamente para o desenvolvimento de ambas, cujo escopo maior é a pacificação social.

O capítulo 6 terá como mote estabelecer as diferenças sobre a impossibilidade superveniente e a onerosidade excessiva que causou o desequilíbrio no sinalagma funcional. Importante consignar que a onerosidade excessiva surge quando a obrigação

²⁹ Fernandes, op. cit., p. 21.

³⁰ Para Antonio Junqueira de Azevedo, “o direito é um sistema complexo; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo, porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variadas. Os elementos que compõe o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores; doutrina; jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. O mesmo ocorre com os demais elementos; há sempre retroalimentação (*feed-back*); por exemplo: o estudante de direito de ontem, juiz de hoje, aplica o que aprendeu – a doutrina influenciando a jurisprudência – e ele, então, por sua vez, com as decisões dadas, alimentará a doutrina – jurisprudência influenciando a doutrina. Além de complexo, o sistema jurídico é um sistema de 2ª ordem, isto é, sua existência está em função de um sistema maior, o social; apesar disso tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional)”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (*Parecer*) O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para direito de indenização na responsabilidade civil. In: AZEVEDO, **Estudos e Pareceres...**, p. 25-37).

se torna excessivamente onerosa e não se tenha tornado impossível realizá-la. A impossibilidade, por outro lado, embora mantenha a comutatividade do contrato, coloca uma das partes em situação de desvantagem frente à outra, impossibilitando a prestação do objeto.

Cumpra mencionar que o Código Civil não aponta a matéria referente à impossibilidade da obrigação, apenas destaca as suas modalidades (artigos 233 a 251 do código vigente)³¹. Diante de tal quadro, será necessário expor a distinção das espécies de impossibilidade, diferenciando-se a objetiva da subjetiva, bem como a absoluta da relativa, destacando, ainda, a exceção da ruína pessoal.

No capítulo 7, serão expostas, de forma breve, as distinções entre a teoria da imprevisão com alguns institutos que, de alguma forma, guardam certa semelhança, contudo não devem ser confundidos, tais como o caso fortuito ou de força maior, o abuso de direito, o enriquecimento sem causa, a lesão e a cláusula de escala móvel.

No capítulo 8, o objeto é a exposição sobre os princípios gerais e contratuais do Código Civil, destacando-se o mote inspirador que abarcou o paradigma pós-moderno consubstanciado nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato (possibilidade de revisão do programa contratual), bem como a função social do contrato.

A abordagem do capítulo 9 consistirá nos requisitos informadores da revisão contratual no Código Civil (artigo 478 e seguintes), quais sejam: a prestação excessivamente onerosa e de extrema vantagem, os fatos extraordinários e imprevisíveis e os contratos de execução continuada ou diferida. Será abordado, ainda, o artigo 317, que consagra a revisão judicial da prestação dos contratos.

O capítulo 10 terá como objeto de estudo os princípios gerais e contratuais do Sistema de Defesa do Consumidor. Será demonstrado que o Código Civil se espelhou na norma consumerista e na própria Constituição Federal ao positivar a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o próprio princípio do equilíbrio do contrato.

A definição de consumidor será o tema inicial do capítulo 11, ocasião em que serão traçadas algumas classificações e abordadas as principais teorias (finalista, maximalista e do finalismo aprofundado) para definir a figura do “destinatário final”.

O capítulo 12 será dedicado ao estudo do instituto revisionista no âmbito do Sistema de Defesa do Consumidor, ocasião em que serão feitas algumas conexões com o sistema revisional previsto no Código Civil. Serão, ainda, expostos o caso do *leasing*

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 69.

cambial, a distribuição dos riscos nos contratos bancários, a questão do superendividamento e a aplicação da revisão judicial nos contratos existenciais e interempresariais, bem como nos contratos relacionais.

No fechamento do trabalho serão apresentadas as considerações finais sobre o tema.

2 CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

2.1 Breve introdução à cláusula *rebus sic stantibus*

Para o entendimento da cláusula *rebus sic stantibus*, devem ser considerados seus dois sentidos. O primeiro sentido (amplo) diz respeito ao fato de os atos jurídicos ter sua eficácia do estado das coisas subordinada a certa permanência no momento em que foram formados. Este conceito tem um significado mais amplo, não necessariamente aplicado ao campo contratual, porém, se aplicado aos contratos, poderia revelar mais o significado de alteração das circunstâncias do que a ideia de onerosidade excessiva propriamente dita.

O segundo sentido (restrito) traz a ideia de que a cláusula *rebus sic stantibus* poderia ser aplicada em contratos de execução continuada ou diferida para sua resolução ou revisão, quando houvesse a seguinte condição: ocorrência de fato superveniente com certa imprevisibilidade e com grave desequilíbrio contratual³².

Para o presente estudo, foi delimitada a aplicação da acepção da cláusula *rebus sic stantibus* à acepção restrita, isto é, aos casos de alteração das circunstâncias negociais.

Para o auxílio e compreensão da cláusula *rebus sic stantibus*, ainda que de forma bastante sintética, é primordial a análise dos principais fundamentos propostos pela doutrina ao longo do tempo.

Há um grupo de estudiosos que apontam a base da revisão na própria vontade contratual. Em contrapartida, há outros doutrinadores que buscam a revisão em razão de fatores externos ao que foi desejado pelas partes durante a celebração do contrato³³.

Conforme se observa, a noção sobre a base de revisão revela as diferentes visões dos estudiosos sobre o contrato e o próprio papel do direito. A corrente que sustenta

³² É de se notar que quase todos os livros sobre direitos das obrigações trazem em seu bojo um significado semelhante sobre a cláusula *rebus sic stantibus* (a acepção ampla e a restrita). Para citar alguns: MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 1959; FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958; SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984; GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000; SAVATIER, René. **La théorie des obligations**. Paris: Dalloz, 1974.

³³ Essa classificação sobre a motivação da revisão contratual, isto é, com fundamento na própria vontade das partes e aquelas com origem em fatores externos, é amplamente utilizada pela doutrina brasileira. Cf.: MAIA, op. cit., p.147-210; FONSECA, op. cit. 201-236 e SIDOU, op. cit., 26-43.

a cláusula *rebus sic stantibus* na análise da vontade contratual considera que as partes, ainda que de forma tácita, desejariam a revisão do contrato caso o estado das coisas, baseado no qual elas expressaram sua vontade, tivesse sido alterado de forma profunda e imprevisível. Em suma, ao prometer uma determinada prestação, a vontade se adequava a um determinado estado das coisas.

Assim, a corrente que apregoa a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* para revisão do contrato com base na vontade contratual tem forte ligação com a teoria da pressuposição, desenvolvida por Windscheid. Trata-se de uma relação de dependência estabelecida, pelo declarante, entre a declaração do negócio e certos eventos futuros ou estado de coisas. Para que tivesse eficácia, seria necessário que a referida relação de dependência fosse de conhecimento da contraparte. A pressuposição, então, poderia cobrir as hipóteses de alteração das circunstâncias na constância do contrato à medida que ocorresse o desaparecimento futuro de fatos presentes na celebração, ou a não concretização, no futuro, de eventos aguardados no desenrolar da situação³⁴.

Outras teorias se sucederam como aperfeiçoamentos à pressuposição, todavia sofreram fortes influências da teoria preconizada por Windscheid, como, por exemplo, a teoria da base do negócio jurídico desenvolvida por Paul Oertmann³⁵ e Karl Larenz³⁶. Somem-se, ainda, os julgados do Conselho de Estado Francês³⁷ e diversas outras teorias com suas próprias particularidades³⁸.

A segunda corrente sobre a fundamentação da cláusula *rebus sic stantibus* sustenta a sua razão em fatores exógenos, como a boa-fé, a equidade e a própria noção do direito, que são consideradas, assim, a coluna vertebral da cláusula *rebus sic stantibus*³⁹. O posicionamento defendido pelos adeptos da referida corrente é de que não se pode atribuir à vontade das partes um princípio absoluto, mas sim um princípio relativo, o qual deve ser proporcionalizado e harmonizado com o caso concreto.

Cabe-nos mencionar que as principais doutrinas sobre alteração das circunstâncias negociais que influenciaram o direito brasileiro são aquelas oriundas do

³⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 970-971.

³⁵ Cf. FERNANDES, op. cit., p. 63 e uma breve exposição da teoria desenvolvida por Oertmann, em SIDOU, op. cit., p. 39-41.

³⁶ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico**. Granada: Editorial Comares SL, 2002.

³⁷ Cf. Os julgados do Conselho de Estado Francês. In: CORDEIRO, op. cit., p. 956-958.

³⁸ Destaque-se a teoria da superveniência desenvolvida por Giuseppe Osti (SIDOU, op. cit., p.37-38; MAIA, op. cit., p. 167-178; a teoria de Giovene, fundada na vontade contratual (MORAES, Renato José de. **Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.80-81); as teorias de Locher (fim negocial) e Krückmann (reserva virtual). In: FERNANDES, op. cit., p. 64-65).

³⁹ MAIA, op. cit., p.197-210; FONSECA, op. cit. p.236.

direito alemão, do direito italiano e do direito francês, razão pela qual essas teorias serão estudadas com maior detalhamento nos capítulos subsequentes. O direito português⁴⁰ exerceu pouca influência nos juristas brasileiros em matéria de alteração de circunstâncias negociais, contudo será abordado em tópico específico sobre a influência da cláusula *rebus sic stantibus* nas Ordenações do Reino de Portugal para demonstrar a grande influência exercida pela referida cláusula durante a Idade Média.

Por fim, cabe destacar que os requisitos exigidos pela doutrina para a configuração da cláusula *rebus sic stantibus* serão estudados com mais detalhes nos capítulos seguintes.

2.2 Cláusula *Rebus Sic Stantibus* no direito romano e nas escolas dos glosadores e pós-glosadores

Para uma melhor elucidação sobre a evolução dos contratos no direito romano, será seguida a divisão feita pela doutrina: período do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a. C.); o do direito clássico (daí o término do reinado de Diocleciano, em 305 d. C.) e a do direito pós-clássico ou romano-helênico (data em que morre Justiniano, de 527 a 565 d. C.)⁴¹.

Na época do período clássico, constatou-se forte atuação dos pretores urbano e peregrino. Em virtude do *ius civile* ser aplicado somente aos cidadãos romanos⁴² e de haver o desenvolvimento do comércio, surgiu a necessidade de se disciplinar relações com os estrangeiros. Desenvolveu-se, então, o *ius gentium*, baseado no respeito à boa-fé e aos costumes comerciais.

Assim, tanto o pretor urbano (responsável por resolver os conflitos entre romanos) quanto o peregrino eram dotados de prerrogativas: eles podiam conceder ou

⁴⁰ Em matéria de alteração das circunstâncias dos contratos no direito português, o maior expoente sobre o tema foi o jurista António Menezes Cordeiro, que trouxe preciosas contribuições. (Cf. CORDEIRO, op. cit. p. 903-114).

⁴¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano I**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, p. 10.

⁴² O *ius civile* só se aplicava aos cidadãos romanos. Mas já no século III a. C., Roma é um centro comercial ao qual afluem estrangeiros de diversas nacionalidades. Surge, então, o problema de se disciplinarem, juridicamente, as relações comerciais dos estrangeiros entre si, ou com os romanos. Em 241 a. C. ainda no período pré-clássico, é criada a pretura peregrina com funções judiciárias: dirimir conflitos entre estrangeiros ou entre estrangeiros e romanos. (MOREIRA ALVES, op. cit., p. 80)

negar ações. O trabalho dos pretores foi essencial, pois se construíram várias soluções, tanto para os peregrinos quanto para os urbanos.

Os intérpretes do direito romano classificaram os contratos em reais, verbais, literais e consensuais⁴³. A referida classificação teve como ponto de partida o fato de que os romanos não tinham a noção do contrato de forma geral e abstrata. Havia, por certo, alguns tipos contratuais, como a compra e venda, o mútuo, o comodato, o depósito e o penhor. Ademais, os contratos tinham os seguintes requisitos: elemento subjetivo (acordo de vontades); objetivo, que podia ser a entrega de algo, e a observância de regras prescritas⁴⁴.

Observe-se que, no período clássico, os contratos eram celebrados por meio de perguntas e repostas, em termos solenes. A obrigação era criada utilizando-se as palavras juntamente com o acordo de vontades.

Conforme Moreira Alves, os contratos literais são mal conhecidos, dada a escassez de fontes. As espécies eram as seguintes: contrato literal romano, contrato literal dos estrangeiros e o contrato literal do direito justinianeus⁴⁵. Por seu turno, os contratos reais tinham como obrigação a entrega de determinado bem, além, é claro, do acordo de vontades. Os exemplos de contratos reais são o mútuo, a fidúcia, o comodato, o depósito e o penhor⁴⁶. Os contratos consensuais se efetivavam pela vontade e dependiam apenas do consentimento dos contratantes: compra e venda, mandato, sociedade e locação.

Havia, ainda, outros acordos de vontade no direito romano que não eram categorizados como contratos. Eram os chamados pactos, os quais não tinham formalidades⁴⁷. No tempo da lei das XII tábuas, o *pactum* remetia-nos ao conceito de celebração de paz para pôr fim a uma determinada controvérsia. No período clássico, o pretor continuou a reconhecer a existência negativa do *pactum*: por ele, as partes não podiam criar, entre si, relação obrigacional nova, mas sim acordar, na renúncia, total ou parcial, de uma delas mover contra a outra a *actio* (ação), em razão da relação jurídica anterior. Apenas se permitia que o *pactum* recebesse tutela de uma defesa indireta (*exceptio*)⁴⁸.

⁴³ MOREIRA ALVES. **Direito Romano II**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 140-211.

⁴⁴ *Ibidem*, p.129.

⁴⁵ *Ibidem*, p.172-183.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 140-158.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 234.

⁴⁸ MOREIRA ALVES, **Romano II**, p. 233.

Interessante observar que, na época do direito clássico, o *pactum* passou a ter eficácia positiva, permitindo que as partes pudessem modificar a relação por meio de um pacto adjeto⁴⁹, reduzindo as obrigações do devedor. É importante salientar que, no período clássico, alguns pactos receberam a proteção de ações. Como se observa nos textos do *Corpus Iuris Civilis*, existem alguns pactos que, em virtude da jurisprudência do pretor ou de constituições imperiais, concederam-se, para sancioná-los, ações, apesar de não serem categorizados como contratos típicos. Eram os chamados pactos vestidos, em contraposição aos pactos nus, os quais não geram obrigação, mas somente exceção⁵⁰.

No direito romano nem todo acordo de vontades gerava obrigação: contratos ou pactos eram acordos, mas em regra só aqueles produziam obrigações. Não vigorava o princípio do consensualismo.

É preciso destacar que o desenvolvimento do sinalagma contratual deu-se no direito romano. Entre os juristas romanos, havia vários que possuíam um modo diferente de entender a categoria *contractus*. Para Labeão, o contrato traduz-se em reciprocidade de vínculos obrigatórios. Para Gaio, por meio da sua bipartição (*obligatione ex contractu e ex delicto*), há sistemática diversa. As *obligationes ex contractu* compreendem as *obligatione res, verbis, litteris e consensu contractae*, o que não impedia que ele acentuasse a individualidade dos contratos consensuais. Para ele, a noção de contrato coincide com aquela de negócio jurídico bilateral produtor de obrigações⁵¹.

Depreende-se de Labeão que as consequências jurídicas foram delineadas de forma esboçada. Assim, o contrato não produz obrigações a cargo de uma só parte, mas de ambas, e as obrigações relacionam-se entre elas através da reciprocidade especificada em regras de bilateralidade genética e funcional. Labeão preconizava, ainda, que o sinalagma estava desenhado em situações em que deveriam ocorrer obrigações recíprocas, pois era necessário regular as relações jurídicas à luz da boa-fé.⁵²

Gaio, contudo, considera contrato todo ato bilateral produtor de obrigações, não apenas aqueles que produzem obrigações recíprocas.⁵³ Apesar das diferenças de

⁴⁹ Ibidem, p. 237.

⁵⁰ Ibidem, p. 234-236.

⁵¹ MADEIRA, Eliane Maria Agati. **A lesão** – contribuições da romanística. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 156.

⁵² MADEIRA, op. cit., p. 157.

⁵³ Destaca Madeira que, na “visão gaiana são considerados contratos a *stipulatio* e o mútuo, os quais segundo Labeão (que funda a categoria contratual na bilateralidade e reciprocidade de obrigações), estão compreendidos na figura do *actus*”. (Idem)

conceituação entre Gaio e Labeão, ambos entendiam que o sinalagma e a boa-fé se relacionam.

Inexistem no Direito Romano textos específicos sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, pois a regra era a estabilidade do contrato. Contudo, ocasionalmente, ocorriam hipóteses em que o pretor, fundamentado nas razões de equidade, decretava exceções ao princípio da estabilidade do contrato. Os romanos ainda não possuíam a ideia exata sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, contudo não desconheciam a sua existência.

Luís A. Carvalho Fernandes menciona alguns casos sobre o que seria o embrião da alteração das circunstâncias⁵⁴. O texto revela que parece existir uma cláusula tácita, pela qual a obrigação se executa, se se mantiver a situação que existia no momento da celebração da avença. Todavia, a cláusula tácita não é suficiente para afastar o princípio da estabilidade do contrato e de que este faz lei entre as partes: *hoc servabitur quod initio convenit; legem enim contratos dedit*⁵⁵.

Africano, em outra passagem, pontifica que, quando alguém tiver estipulado que se dê a ele ou a Tício, mais certo se entender que se paga bem a Tício somente se perdurar o mesmo estado quando foi assentada a estipulação. Mas se o foi por adoção, ou tiver sido desterrado, ou se pôs interdição pela água e pelo fogo, ou se foi feito servo, se há de dizer que não se lhe paga bem, porque se considera, tacitamente, que é inerente à estipulação esta convenção, desde que permaneça no mesmo estado⁵⁶.

Porém, não é possível inferir que, no direito romano, havia uma regra geral de adaptação dos contratos às circunstâncias. O regramento de eficácia jurídica da alteração das circunstâncias era desconhecido, como princípio, no direito romano. Os romanos conheciam, tanto em termos filosófico-literários quanto jurídicos, a importância nas situações humanas das modificações fáticas. No entanto, não se pode conceber a ideia de que os romanos tinham um princípio de alteração das circunstâncias, pois o pensamento da época não era sistematizado⁵⁷.

Como as bases da teoria da imprevisão no direito romano eram pouco nítidas, foram os filósofos e os moralistas que formularam ideias mais precisas sobre o tema.

⁵⁴ Assim, Paulo dizia: “*in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*”, o que significa que nos contratos era relevante o momento de sua celebração e não o da sua conclusão. Africano, num texto “*de solitionibus et celebrationibus*”, afirma: “*tacite enim enesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*”. (FERNANDES, op. cit., p. 18.).

⁵⁵ Idem

⁵⁶ Tradução do Digesto de RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36.

⁵⁷ CORDEIRO, op. cit., p. 940.

Cícero entendia que o dever podia se modificar com o decorrer do tempo quando as promessas se tornassem inúteis para o seu beneficiário. Sêneca, por seu turno, afirmava que, se as coisas se modificassem após o início do contrato, o promitente poderia se eximir da promessa⁵⁸.

As ideias dos moralistas romanos serviram de inspiração para vários autores e juristas, pois o direito definitivamente se abeberou na moral e na filosofia. Após os moralistas romanos, a evolução do estudo da teoria da cláusula *rebus sic stantibus* se deu com os canonistas e, mais tarde, com os pós-glosadores⁵⁹.

Entre os canonistas de maior importância, pode-se destacar São Tomás de Aquino. Há, ainda, outros importantes nomes, como Graciano e Bartolomeu de Brescia,⁶⁰ que desenvolveram as ideias de Sêneca e Cícero, por meio do *Decretum*, utilizando-se de fontes legislativas associadas ao método dialético. Destaque-se, ainda, que as ideias dos canonistas foram recepcionadas pelo direito canônico e pelos tribunais eclesiásticos, pois a ideia apregoada era a condenação do contraente, que se enriquecia às custas do outro, prática vedada pela moral cristã⁶¹. Neste sentido, a tônica era o combate ferrenho à usura,

⁵⁸ FERNANDES, op. cit., p. 19.

⁵⁹ “A doutrina, para justificar a exceções ao princípio da força obrigatória, recorreu à antiga construção idealizada pelos canonistas, a cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula latina *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*, atribuída a Bartolo de Sassoferrato, jurista pós-glosador do século XIV. Considerava-se esta cláusula inserida nos contratos de duração e nos de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Ademais, o estado de fato no momento da formação do contrato não deveria alterar-se para que este se conservasse.” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da Imprevisão: sentido atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 679, maio de 1992, p. 19).

⁶⁰ “Graciano (†1158), camaldulo do mosteiro dos santos Félix e Nabor (ou de S. Proclo), ensinava *teologia practica* na Universidade de Bolonha e compôs, com o auxílio dos monges (em especial Paucapalea), o *Decretum*, por volta de 1140. O título original, *Concordantia discordantium canonum*, revela novidade no método dessa coleção de leis, que, embora não tenha um caráter oficial, toma o lugar de todas as coleções anteriores, impondo-se nas escolas da época, a começar pela de Bolonha. Nasce a disciplina e a ciência autônoma do direito canônico. Não se trata apenas de uma coleção sistemática de leis divididas em livros e títulos, porque Graciano propõe em sua obra matérias e problemas que quer resolver tanto com base nas fontes legislativas, apresentadas como argumento de autoridade, como com base numa explicação dada com aplicação do método dialético, segundo os princípios de interpretação já elaborados por seus predecessores. Assim, além das *auctoritates* textuais, encontram-se os *dicta Graciani*, comentários de Graciano que pretendem comentar e explicar as *auctoritates*, conciliando as contradições com a aplicação do método dialético (*‘ratione significationis’*, *‘ratione temporis’*, *‘ratione loci’*, *‘ratione dispensationis’*). O decreto é comentado pelos canonistas da escola de Bolonha, que deve ser considerada a primeira escola de direito canônico, em seguida pelos canonistas da escola de Paris, Colônia e Oxford. Tais comentadores são chamados de ‘decretistas’ (...). Essa obra foi recebida nas escolas e completada por Bartolomeu de Brescia (†1258).” (GHIRLANDA, Gianfranco. **Introdução ao Direito Eclesial**. São Paulo: Loyola, 1998, p.67-68.

⁶¹ “Dinero, según el Filósofo, en V Ethic. 1 y en I Polit. 2, se ha inventado principalmente para realizar los cambios; y así, el uso propio y principal del dinero es su consumo o inversión, puesto que se gasta en las transacciones. Por consiguiente, es en sí ilícito percibir un precio por el uso del dinero prestado, que es lo que se denomina la usura. Y del mismo modo que el hombre ha de restituir las demás cosas injustamente adquiridas, también ha de hacerlo con el dinero que recibió en calidad de interés.”

pois se condenava tanto a que tinha origem nas condições originais do contrato quanto a que resultaria dos lucros, bem como as circunstâncias imprevistas que vinham trazer a qualquer dos contraentes. Para se evitar esta última forma, consideravam o contrato dependente da manutenção das circunstâncias existentes à data de sua celebração⁶².

São Tomás de Aquino, na *Summa Theológica*, escrita entre 1265 a 1273, ao discutir se toda a mentira é pecado, afirma que aquele que promete fazer algo não mente, se tem intenção de fazer. Mas, se depois não o faz, pode ser desculpado, se aquilo que prometera era ilícito, ou se se alteraram as condições das pessoas ou dos negócios⁶³.

Na Escola de Bolonha, Irnerius, no curso de direito romano, introduziu o método da Glosa, o qual deu origem à Escola dos Glosadores. Esse método consistia em inserir nos fragmentos de *Jurisprudencia* algumas notas ou explicações (*glossae*) com o escopo de divulgar aos alunos por meio de cópias.

No que tange aos estudos da cláusula *rebus sic stantibus*, o maior expoente foi o professor de Bolonha Graciano, que afirmou a possibilidade de se descumprir uma promessa para se praticar o bem: se alguém recebe uma espada e promete devolvê-la ao seu dono, e depois, contudo, este venha a enlouquecer, não deve aquele restituir a espada, para que o proprietário não se mate, ou prejudique os outros, até que se recupere a sanidade mental⁶⁴.

A escola dos pós-Glosadores surgiu com uma evolução, pois introduziu métodos de interpretação escolástica para compreender os textos romanos. Foi liderada por Bartolo e utiliza inspiração oriunda do direito canônico juntamente com fragmentos do Digesto. Assim, os comentadores filiados à escola de Bartolo tiveram primazia na elaboração da cláusula *rebus sic stantibus*. Muito embora tenham dado larga aplicação, não estabeleceram seu conteúdo e também foram omissos em seu delineamento doutrinário. Argumenta-se que Bartolo escreveu que, em todo contrato, é preciso supor a cláusula *rebus sic se habentibus*, isto é, conceber que as partes aquiesceram em manter o contrato somente se as circunstâncias não se alterassem⁶⁵.

Infere-se, ainda, que Bartolo teria estendido a referida cláusula a todas as renúncias, todavia o mencionado jurisconsulto medieval não teria precisado um

(AQUINO, São Tomas de. **Suma de Teología**. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, p. 601).

⁶² FERNANDES, op. cit., p. 20.

⁶³ Idem.

⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 39.

⁶⁵ MAIA, op. cit., p.46.

argumento específico sobre os efeitos acarretados pelas mutações do estado de fato nos contratos.

A formulação da cláusula sofreu importantes contribuições de Baldo, conjugando-se a glosa civil com a canônica, e sustenta que todas as promessas obrigatórias têm uma limitação implícita, isto é, sobre todas as promessas podem influir as mudanças sobre o estado de fato. Todavia, Baldo não precisou os limites e as condições de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, o que tornou sua aplicabilidade desordenada, com menções em todos os comentários do Digesto e nas coleções de Conselhos. Muito embora tenha havido uma formidável divulgação, até aquele momento, a cláusula *rebus sic stantibus* padecia de sistematização teórica e não passava da acomodação extensiva para as desejadas soluções justas⁶⁶.

A primeira teorização da cláusula *rebus sic stantibus* se deu com Alciato, nos anos 1500. Esse jurisconsulto esclareceu que, nos atos unilaterais ou dependentes da vontade de uma só pessoa, a mudança de vontade é sempre lícita. Por outro lado, nos atos bilaterais, ou decorrentes do concurso de duas partes, é ilícita a modificação em decorrência da vontade, com exceção de: 1) vontade evitada de erro; 2) previsão no contrato de modificação; 3) lei ou partes concordarem com a rescisão ou modificação; e 4) assunção de causa que não foi considerada na conclusão do ajuste, e, se fosse, um pelo menos dos contratantes não teria concordado em obrigar-se. Na última circunstância (4), houve a recepção da cláusula *rebus sic stantibus*.

Alciato descreveu o quadro geral para aplicação da cláusula, separou o que é possível fazer só em função da vontade, independentemente do motivo e do tempo, da exigência e da vontade das partes no contrato. Trouxe, ainda, as causas que autorizam a modificação obrigacional ou a própria modificação do contrato, não dependente da vontade, mas subordinativa a esta⁶⁷.

Interessante notar que a construção de Alciato remete-nos necessariamente ao fato de que só o contrato, como principal fonte de obrigação, encontra-se sujeito à regra da cláusula *rebus sic stantibus*. Dispensa, ainda, dizer que somente os de trato sucessivo ou de execução diferida, porque o conceito por ele desenvolvido já abriga a ideia de que se trata de obrigação não exigível no ato de celebração.

⁶⁶ Ibidem, p.48.

⁶⁷ SIDOU, op. cit., p. 15.

2.3 Evolução da cláusula *rebus sic stantibus* no direito português

No direito português, durante a vigência da última das ordenações (D. Felipe III de Espanha e II de Portugal), podem-se encontrar algumas passagens da cláusula *rebus sic stantibus*, notadamente no livro IV, título XXI⁶⁸.

Apesar de o texto das ordenações refletir o estabelecimento do curso forçado da moeda, por certo houve uma alteração do entendimento sobre a estabilidade do contrato. Assim, aquilo que os contraentes tivessem concertado, quanto ao pagamento de moeda de ouro ou de prata, representando a vontade, deixou de ser vinculativo⁶⁹. Houve a intervenção de norma de revisão da vontade inicial para impor ao vendedor, contra a sua vontade, a obrigação de receber em qualquer moeda corrente⁷⁰.

Há outros textos nas Ordenações que homenageiam a cláusula *rebus sic stantibus*, como, por exemplo, no título XXIV, do mesmo livro IV, sob a rubrica “*em que casos poderá o senhor da casa lançar fora o alugador*”. Ainda, no título XXVII, que trata “*das sterilidades*”, exonerou-se o arrendatário do pagamento da renda, a que se obrigara, “*destruindo-se, ou perdendo-se os fructos de alguma herdade, ou vinha, ou outra semelhante propriedade, por caso, que não fosse muito acostumado de vir*”⁷¹. Também no título LXV, daquele livro: “*da doação feita pelo marido à mulher, ou pela mulher ao marido*”, prevista como foi a possibilidade de o “*doador revogar essa doação*”, não se consumando a união carnal⁷².

⁶⁸ “Posto que alguns compradores e vendedores, e outros contraentes se concertem, que se haja de pagar certa moeda de ouro ou de prata, será o vendedor obrigado a receber qualquer moeda corrente lavrada de nosso cunho, ou dos Reys, que ante nós foram na valia, que lhe per Nós fôr posta.” (ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL: Livro 4, título 21. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p802.htm>> Acesso em: 13 ago. 2016.

⁶⁹ MAIA, op. cit., p.53.

⁷⁰ Basta reparar nas expressões utilizadas nas ordenações: “na valia” que lhe fosse “posta”.

⁷¹ “Destruindo-se, ou perdendo-se os fructos de alguma herdade, ou vinha, ou outra semelhante propriedade, por caso, que não fosse muito acostumado de vir, assi como por cheias de rios, chuvas, pedras, fogo, que as queimasse, seca, exercito de inimigos, assuada de homens, que os destruíssem, aves, gafanhotos, bichos que os comessem, ou por outro semelhante caso, que lhe tolhesse todos os fructos, não será obrigado aquelle que a tiver arrendado dar cousa alguma de renda, que se obrigou a dar”. (ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL: Livro 4, título 27. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p806.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

⁷² “Se o marido fizer doação a sua mulher, ou a mulher a seu marido, depois de recebidos, posto que entre eles não interviesse cópula, poderá o doador revogar esse doação, quando quiser. E posto que não a revogue, se o que a fez não tinha a esse tempo filho algum, e depois lhe veio a nascer de entre ambos, fica logo essa doação revogada per o nascimento do filho. E por tanto a cousa doada se partirá por falecimento de cada hum deles entre os herdeiros do defunto e o que vivo ficar. E assi se fará, quando a doação fosse feita antes que fossem casados, e depois per casamento fossem seus bens entre eles comunicados, segundo costume do Reino; porque em estes casos e outros semelhantes será a cousa doada trazida à partição com os herdeiros do morto, assi como fora, não sendo feita tal doação.” (ORDENAÇÕES

Em Portugal, nessa época, a regra era a intangibilidade dos contratos validamente celebrados. Contudo, conforme se viu nas Ordenações, o legislador, agindo em consideração às exigências práticas da vida, mesmo sem a consciência perfeita, acabou por erigir princípios que tratam de aflorações da ideia da cláusula *rebus sic stantibus*.

Assim, o direito português anterior ao Código Civil não teve em vista a consagração da cláusula *rebus sic stantibus*, contudo acabou por admitir soluções perfeitamente conciliáveis com a revisão contratual⁷³.

2.4 Interpretação restritiva da cláusula *rebus sic stantibus* e declínio da doutrina

A elaboração teórica da *cláusula rebus sic stantibus*, pelo rigor lógico e sentido dogmático, deve-se a autores da escola holandesa e da alemã durante a metade do século XVII aos fins do século XVIII. O movimento teve início na esfera do direito internacional com Hugo Grotius (1625), com sua obra *De jure belli ac pacis*, que inspirou vários juristas alemães. O continuador de Grotius, Henrique Cocceius (1699), desenvolveu a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* e passou a explaná-la destacando o que havia de característico. Primeiro, a vastidão com que a matéria é tratada, não somente os atos jurídicos, mas também todas as relações jurídicas, pessoais, reais, de direito público e de direito privado⁷⁴.

De outro lado, Cocceius estabeleceu a aplicação da cláusula no campo dos contratos de acordo com Alciato. Prossegue explicando que, uma vez notada a indeterminação do vocábulo *res* e a necessidade premente de se classificar os elementos de fato que pudessem ser considerados na mudança de situação, há contratos nos quais a

E LEIS DO REINO DE PORTUGAL: Livro 4, título 65. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p868.htm>> Acesso em: 13 ago. 2016.

⁷³ “A problemática do que é hoje vulgarmente designado por teoria da imprevisão, ou instituto da superveniência, preocupou largamente a doutrina portuguesa anterior ao Código Civil, sendo curioso assinalar como os nossos juristas tiveram perfeita consciência de alguns dos aspectos mais relevantes do problema da modificação de circunstâncias ocorridas durante a vida de contratos destinados a subsistir no tempo. Podemos mesmo afirmar, sem receio de exagero, que a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* era bem conhecida pelos tratadistas portugueses, que frequentemente, a propósito de tais problemas, ou de outros afins, citam os autores e as obras estrangeiras em que tal doutrina era exposta ou referida. As obras de Mantica, Menochio, Bartolo e Baldo, entre outros, aparecem a cada instante referidas. Além disso, a maneira como o problema, por vezes, é colocada, a referência a soluções a tal respeito seguidas na doutrina corrente, mesmo estrangeira, revelam que esses autores conheciam o significado do problema que alteração de circunstâncias verificada após a celebração do contrato levanta.” (FERNANDES, op. cit., p. 152).

⁷⁴ MAIA, op. cit., p.58.

cláusula deve ser ínsita, enquanto há outros nos quais a mudança do estado das coisas deve se manter, se, de outro modo, não se ajustou ou a lei não autorizou⁷⁵.

Para Cocceius, nem todos os contratos estão sujeitos aos efeitos da cláusula *rebus sic stantibus* e, logicamente, ela precisa de previsão legal. De acordo com sua teoria, nos contratos de locação, depósito e mandato, a cláusula estaria subentendida.

Contudo, a partir do século XVIII e início do século XIX, inicia-se uma reação contra a cláusula *rebus sic stantibus*, mesmo na Itália e na Alemanha, e também na França, país no qual a cláusula caiu no esquecimento muito mais cedo. Curiosamente, foi a própria amplitude que a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* imprimiu tanto nos ordenamentos internos quanto no direito internacional que contribuiu para que, de certa maneira, perdesse a clareza e a perfeição, pois era frequentemente confundida com as teorias do erro, da lesão e da condição.

Naquela época, o mundo ocidental experimentava uma estabilidade econômica com moedas fortes e antigas monarquias que enalteciam o princípio da autonomia da vontade e da irretratabilidade das convenções, dogmas da teoria clássica dos contratos. Em virtude de tal conjuntura, a cláusula *rebus sic stantibus* foi relegada ao ostracismo, passou a ser esquecida pelos legisladores, doutrinadores e julgadores⁷⁶.

Os novos códigos elaborados no século XIX, entre os quais o Código Napoleão e o Código Civil Italiano, não lhe fazem qualquer referência. Nessa época, os principais estudiosos nada falam em revisionismo, pelo contrário, reafirmam a necessidade de se observar a autonomia da vontade humana e a irretratabilidade dos pactos⁷⁷. O revisionismo apregoado pela cláusula *rebus sic stantibus* parecia estar relevado apenas à matéria histórica⁷⁸. Porém, ainda assim, eram proferidos alguns raros julgamentos⁷⁹, que, de certa forma, reavivam a matéria, mantendo vivo o instituto, motivo

⁷⁵ SIDOU, op. cit., p. 20.

⁷⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20-21.

⁷⁷ FONSECA, op. cit., p. 200.

⁷⁸ FERNANDES, op. cit., p. 26.

⁷⁹ “Queste in sostanza essendo le considerazioni sulle quali, independentemente da quelle circa l’applicabilità al caso dele regole d’equità, si fonda la pronuncia dela Corte di mérito, è per sè evidente che laragione del decidere stà ad ogni modo nel riconoscito diffeto di consenso o di volontà de obbigarse in quelle sopravvenute imprevidibili condizioni di cose che, se previste,avrebbero reso impossibile ogni accordo fra le parti. Più che un principio di equità temperativa fu quello di equità interpretativa di un contratto avente tratto successivo che determinòla decisione della Corte modenese, la quale per mutamento impreveduto di ciò che formava oggetto essenziale del contratto giudicò essere venuto meno colla causa dell’obbligazione il consenso dei contraenti e mancare di conseguenza quel vincolo giuridico che ha forza di leggi fra le parti.Il giudizio della Corte non può quindi essere censurato perchè, ritenuto con apprezzamento sovrano che erano cessati i rapporti contrattuali, la risoluzione dell’obbligazione subordinata al rimborso di ciò, che costituisce il corrispettivo dell’ obbligazione stessa, ne è la logica e

pelo qual tornou-se muito mais necessária a atenção dos estudiosos e tratadistas sobre os fundamentos da cláusula *rebus sic stantibus*.

giuridica conseguenza”. (Julgado da Corte de Cassação de Turim de 16 de agosto de 1900, apud FONSECA, op. cit., p.18-19).

3 ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E O MODERNO DIREITO ALEMÃO

3.1 Teoria da pressuposição

Não há pretensão, no presente capítulo, de exaurir o desenvolvimento das teorias no direito alemão. O escopo é abordar algumas teorias e apontar as linhas principais, que são aplicadas tanto pelos doutrinadores quanto pela própria jurisprudência brasileira.

A teoria da base do negócio⁸⁰ é mencionada até com alguma frequência pela jurisprudência pátria, embora o mesmo não ocorra com a pressuposição⁸¹. Como, em certa medida, a teoria da base negócio corresponde a um resgate da teoria da pressuposição de forma mais objetiva, este será o ponto de partida para a exposição das teorias alemãs.

A teoria da pressuposição, alinhada aos ideais iluministas, está totalmente atrelada a uma concepção de direito que tem a vontade como elemento principal. Em vista disso, remanesce a dificuldade de se lidar com a intangibilidade do elemento volitivo, bem como mensurar as consequências para a própria segurança jurídica.

Bernard Windscheid (1817-1892), jurista alemão da Escola Pandectista, considerava o direito como um sistema cujas peças tinham coerência entre si por meio da vontade⁸². Para ele, todos os direitos subjetivos derivariam em último grau dessa vontade humana, e a vontade constitui o escopo para a busca de uma solução justa.

De acordo com Windscheid, a pressuposição é uma condição não desenvolvida. Quem manifesta sua vontade sob uma pressuposição deseja, obviamente, que o efeito jurídico exista somente dentro de certo estado das coisas. Saliente-se que o efeito jurídico persiste, mesmo que não se tenha dado o objeto da pressuposição. Todavia, caso ocorra, isso não corresponde ao querer exato do autor da declaração de vontade, em

⁸⁰ Exemplos de julgados que se referem à teoria da base do negócio: STJ, REsp 73.370/AM, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 21/11/1995; REsp 53.345/CE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 06/09/1995; REsp 32.488/GO, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 07/11/1994; TJ/SP, Apel. 9077885-93.2007.8.26.0000, Des. Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, julgado em 15/05/2012.

⁸¹ STJ, REsp 165.514-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 07/05/1998.

⁸² WIECKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 491-492.

razão de que este teria uma exceção em face da parte que buscasse fazer valer a declaração, cuja pressuposição deixou de se realizar⁸³.

O abandono da teoria da cláusula *rebus sic stantibus* na Escola Pandectística, para adotar uma teoria da regulação da alteração das circunstâncias, que se situasse mais coerentemente no sistema voluntarista construído por ela, determinou, com a crítica da nova teoria, a ausência de regulamentação no código civil alemão (BÜRGERLICHES GESETZBUCH – (BGB))⁸⁴.

A doutrina de Windscheid nos revela que qualquer problema com a pressuposição acarretaria ausência de vontade real no negócio jurídico, o que implica dizer que faltaria ao negócio o elemento definidor e irradiador de efeitos jurídicos. Na época, houve muitas críticas à doutrina alemã. A crítica formulada por Lenel basicamente foi no sentido de que não existe meio termo entre os motivos e a condição e, da forma como foi posta, a pressuposição seria um instrumento para se abrir a porta dos motivos, o que por si só traz insegurança para o tráfico jurídico⁸⁵.

⁸³ “A pressuposição pertence às autolimitações da vontade. A doutrina habitual enumera como factos através dos quais uma vontade expressa se pode limitar a si própria, a condição, o termo e o ‘modus’. Penso que esta enumeração não é exaustiva e, designadamente, que no lugar do ‘modus’ deve ser colocada a pressuposição. Pode se considerar a pressuposição uma condição não desenvolvida. Com isso, quer dizer-se que a relação jurídica originada através da declaração de vontade é feita depender de um certo estado de coisas. (...) Assim, se o estado de coisas pressuposto não existir, ou não se concretizar, ou deixar de existir, a relação jurídica constituída através da declaração de vontade não se mantém, a não ser sem, ou melhor, contra a vontade do declarante. (...) A pressuposição é uma condição não desenvolvida (uma limitação da vontade que não se desenvolve para condição). (...) O interessado só pode alegar à pressuposição (...) quando da sua declaração de vontade se possa reconhecer que sob sua declaração de vontade está uma outra, a verdadeira, isto é, quando, na sua declaração de vontade, o motivo se tenha elevado a pressuposição.” (CORDEIRO, op. cit., p. 970).

⁸⁴ CARDILLI, Ricardo. *Imprevisión y riesgos contractuales em el sistema jurídico romanista*. In: ESBORRAZ, David Fabio (org.). **Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho de los Contratos**. México: Editorial Porrúa, 2006, p. 338.

⁸⁵ “(...) No segundo plano, Lenel assevera, no essencial, a impossibilidade de distinguir, dos meros motivos, a pressuposição de Windscheid. Quem tenha dúvidas quanto às bases em que assente o negócio que pretenda celebrar terá, apenas, de nele inserir uma condição, sujeita, naturalmente, à aceitação da contraparte; o esquema da pressuposição implicaria, de facto, submeter uma pessoa a uma condição por ela não aceita. Por uma de duas hipóteses: ou a contraparte do negócio desconhece, em absoluto, a ‘pressuposição’ – cenário possível, uma vez que Windscheid exigira, para a eficácia da pressuposição, não o seu conhecimento, mas a sua mera cognoscibilidade pela outra parte – ou, conhecendo-a não esteve disposta, na conclusão do negócio, a fazê-lo depender dela, tomando-a como mero assunto particular da outra parte. Lenel vinca, pois, que não existe meio termo entre os motivos e condição; tentar estabelecê-lo é abrir a porta aos motivos e, com isso, introduzir a insegurança no Direito. Lenel conclui que Windscheid tentara uma leitura da causa romana, mas não conseguira; propõe, por isso, que se abandone, no projecto, a ideia da pressuposição e que se tente, em vez dela, uma melhoria do esquema das condiciones.” (CORDEIRO, op. cit., 974-975).

3.2 Teoria da base do negócio

Paul Oertmann desenvolveu a teoria da base do negócio com a finalidade de se conferir maior objetividade à solução do problema da alteração das circunstâncias. Um dos motivos que levaram à ampla divulgação da teoria de Oertmann, com a conseqüente repercussão, foi o advento da Primeira Grande Guerra⁸⁶, com a alta inflacionária na Alemanha⁸⁷.

Segundo António Menezes Cordeiro, Oertmann define que os negócios jurídicos se realizam sobre fundamentos – a base –, de forma que eles são menos que os motivos, pois não conduzem a vontade de contratar, tendo, quando muito, o alcance negativo de que, sem eles, não se teria contratado. Por outro lado, enquanto o motivo é algo unilateral, que só por coincidência rara é compartilhado entre as partes, os fundamentos representam algo de comum a ambas as partes. Não se deve confundir com a pressuposição, pois não é autolimitação da vontade negocial, nem faz parte do conteúdo contratual. Todavia, tem viés subjetivo, uma vez que somente pode ser determinado pelas próprias partes, com o objeto e o conteúdo do negócio⁸⁸.

Assim, a base do negócio é a ideia que levou o indivíduo a contratar. Contudo, para ser relevante, a base deve ser reconhecida e não contestada pela outra parte, a quem deve ser notificada ou por qualquer outra forma tornada evidente. Se não se verifica essa representação pressuposta, não se pode dizer que a nova situação corresponda à vontade real das partes; portanto, é nesta representação desvirtuada que esta teoria justifica a ineficácia do contrato⁸⁹.

Muito embora não seja uma autolimitação de vontade e possuir natureza bilateral, a essência da teoria da base se aproxima muito com a teoria da pressuposição de Windscheid⁹⁰, pois utiliza a via da representação das partes sobre certo objeto. Assim,

⁸⁶ MORAES, Renato José de. **Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, p. 70.

⁸⁷ LARENZ, op. cit., p. 22.

⁸⁸ CORDEIRO, op. cit., 1033.

⁸⁹ FERNANDES, op. cit., p. 63.

⁹⁰ “Não obstante, Oertmann introduziu algumas concepções novas. Em relação à pressuposição, como o próprio Oertmann fez questão em focar, a diferença cifra-se, segundo a doutrina comum, em dois pontos: a pressuposição seria uma limitação da vontade, relacionando-se com o lado psicológico do negócio, enquanto a base do negócio traduziria uma representação sobre a qual se formaria a vontade; a pressuposição teria uma natureza unilateral, bastando ser cognoscível pela outra parte, enquanto a base do negócio surgiria como comum a ambas as partes. Também perante a cláusula *rebus sic stantibus* existiriam diferenças, embora de modo não tão claro, dada a multiplicidade de sentidos com que a cláusula tem sido utilizada. Assim, a cláusula *rebus sic stantibus* faria parte do próprio contrato, enquanto a base do negócio seria apenas uma representação sobre que se formaria a vontade; além disso, a cláusula *rebus sic stantibus* visaria apenas alterações de futuro, enquanto a base negocial alcançaria, também, a não

não se pode negar o caráter da subjetividade, ainda que se tente atribuir alguma objetividade em razão do estado comum das coisas que se pretende contratar.

Orlando Gomes, ao discorrer sobre a teoria da base, também destaca o elevado nível de subjetividade. Não obstante exigir Oertmann como requisito para a base do negócio que a outra parte conheça e não repila o condicionamento da vontade à permanência de certas circunstâncias, a teoria da base do negócio padeceria em razão de sua concepção voluntarista do negócio jurídico, pois não se liberta do conceito subjetivo, que é próprio do conceito de pressuposição⁹¹.

A teoria da base do negócio, tal qual foi concebida originalmente por Oertmann, não pode ser aplicada, pois invariavelmente adentraria no tema dos motivos⁹². A motivação do negócio jurídico possui um regramento próprio, de que fazem parte o erro (seja o erro sobre motivo expresso como razão determinante ou sobre qualidade essencial da coisa ou da pessoa), o dolo, a coação, alguns tipos de doação e a ilicitude do motivo comum a ambas as partes⁹³.

Outros juristas continuaram a desenvolver a teoria da base do negócio, no entanto, os estudos que tiveram maior destaque foram os de Karl Larenz, que desenvolveu a diferenciação entre base objetiva e subjetiva do negócio apoiando-se em estudos de caso.

1) Base subjetiva: representação mental dos contratantes pela qual ambos partiram para celebrar o contrato. A representação deve induzir a concluir o contrato para ambas as partes. Se a representação não se realiza, cada uma das partes incorreu em erro dos motivos que se refere a uma situação concluída por ambas, admitida, ou seja, a uma pressuposição comum a ambas⁹⁴.

conformidade do negócio com as circunstâncias, presentes e passadas, para que ele estaria programado. (CORDEIRO, op. cit., 1039-1040).

⁹¹ “O critério adotado para a formulação do novo conceito é meramente psicológico, porque leva em conta a representação mental de uma das partes, ou das duas. Em consequência, se não pensaram, ou não podiam pensar, nas circunstâncias que deviam existir, ou persistir, o contrato não poderá ser resolvido pelo desaparecimento de sua base. Diz, ademais, que a teoria de Oertmann não escapa à objeção de Lenel ao conceito de Windscheid, eis que, no fundo, a base do negócio é a mesma pressuposição, para a qual se exige apenas o reconhecimento pela outra parte. A base do negócio, ainda assim, não chega a ser uma condição, e, segundo Lenel, não há meio termo entre esta e um simples motivo. (GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 51).

⁹² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 108.

⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). Tese para o Concurso de Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 1986, p. 213-215.

⁹⁴ LARENZ, op. cit., p. 37.

2) Base objetiva: É o conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, de acordo com o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido. A base do negócio objetiva desaparecerá: a) quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação pressuposta no contrato for destruída em tal medida que não se possa falar racionalmente de uma contraprestação (destruição da relação de equivalência); b) quando a finalidade objetiva comum do contrato, expressa em seu conteúdo, haja resultado definitivamente inatingível, ainda quando a prestação do devedor seja possível (frustração da finalidade)⁹⁵.

Para a verificação da quebra da base objetiva, não se deve levar em conta as circunstâncias pessoais ou aquelas que estejam na esfera de influência da parte prejudicada. A base objetiva, portanto, atua como pressupostos inerentes do contrato, como a relação de equivalência entre prestação e contraprestação e a justiça contratual⁹⁶.

Larenz cita uma série de precedentes jurisprudenciais. O primeiro diz respeito à compra e à venda de aguardente. Em razão do aumento imprevisível dos impostos cobrados sobre a transação comercial, o preço a ser pago pelo comprador se tornou menor que o preço de custo do produto fornecido⁹⁷.

O segundo caso trata da importação de fios de algodão, cujo preço se calculou em libras, porém o contrato vinha sendo pago em marcos alemães, de acordo com o valor da libra no dia de fechamento do câmbio. O vendedor exigiu um pagamento adicional para aqueles realizados após a desvalorização de libra, em razão da diferença entre a cotação do dia do pagamento e o dia da conclusão do contrato⁹⁸.

O terceiro caso versa sobre a venda de imóvel em que o vendedor se comprometeu a cancelar uma hipoteca inscrita. Uma vez cumprida a obrigação, foi editada uma lei que acabou por revalorizar as hipotecas, sendo que o vendedor deveria pagar novamente a hipoteca em valor superior ao pago anteriormente⁹⁹.

Em todos os casos mencionados, houve o restabelecimento das condições originais da base objetiva do negócio por meio da atuação do juiz.

⁹⁵ LARENZ, op. cit., p. 211.

⁹⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 1047-1048.

⁹⁷ LARENZ, op. cit., p. 123.

⁹⁸ Ibidem, p. 131

⁹⁹ Ibidem, p. 127.

Para Larenz, a base objetiva constitui um modelo jurídico próprio,¹⁰⁰ com construção jurisprudencial específica. A principal fundamentação reside na boa-fé objetiva, autorizando o juiz, na hipótese de rompimento da base objetiva, adaptar a avença às novas realidades e também proporcionar o direito da parte prejudicada resolver o contrato. Assim, como decorrência lógica de adaptar o contrato, está o direito de exigir reparação ou complementação do preço, quando, não se tratando de relação duradoura, o contrato já houver sido integralmente cumprido.

Se houve mudança superveniente das condições necessárias à sobrevivência do programa contratual não considerada pelos contratantes, não se pode exigir que a parte prejudicada seja obrigada a cumprir o que o contrato estipulava¹⁰¹.

Nota-se que a teoria da base objetiva foi desenvolvida como pressuposto de ausência de regra sobre desequilíbrio econômico do contrato no BGB em 1900. Contudo, após a reforma de 2002, o BGB¹⁰² (§313) codificou a alteração das circunstâncias acolhendo a teoria da base objetiva do negócio¹⁰³.

Cordeiro destaca que a reforma do BGB de 2002 acabou por codificar a alteração das circunstâncias. Seus pressupostos são: 1) determinadas circunstâncias devem modificar-se ponderosamente, após a conclusão do contrato; 2) tais circunstâncias não pertencem ao conteúdo do contrato, constituindo, porém, a sua base; 3) as partes não previram as alterações; 4) caso as tivessem previsto, elas não teriam fechado o contrato ou tê-lo-iam feito com outra base; 5) em consequência das alterações, e tendo em conta

¹⁰⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 655, maio 1990, p. 10.

¹⁰¹ “A base objetiva do negócio jurídico decorre de uma ‘tensão’ ou ‘polaridade’ entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional –, o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente”. (Idem)

¹⁰² “If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may withdraw from the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to withdraw. (CÓDIGO CIVIL ALEMÃO (versão em inglês). Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>> Acesso: em 18 de ago. 2016.)

¹⁰³ CARDILLI, op. cit., p.338.

todas as circunstâncias do caso concreto e, em especial, a repartição, legal ou contratual do risco, seria inexigível, perante uma das partes, a manutenção inalterada do contrato¹⁰⁴.

Um dos setores mais importantes da aplicação da teoria da base objetiva encontra-se na alteração das prestações em razão da inflação e também das modificações dos atos de Estado de intervenção na economia¹⁰⁵.

De forma conclusiva, a teoria da base objetiva é muito importante, pois estabelece um elo entre o sentido do contrato e a equivalência das prestações. Assim, todo contrato comutativo oneroso de trato sucessivo ou diferido terá necessariamente uma relação objetiva de equilíbrio entre prestação e contraprestação.

¹⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. **A modernização do direito das obrigações** – direito da perturbação das prestações. Disponível em: <<http://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-ii-abr-2002/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-a-modernizacao-do-direito-das-obrigacoes/>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹⁰⁵ COUTO E SILVA, op. cit., p. 10.

4 ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E A TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO FRANCÊS

O objetivo da teoria da imprevisão no direito francês é investigar se é justo e quais são os limites para se resolver ou aplicar a revisão dos contratos por intermédio do Poder Judiciário, pela superveniência de acontecimentos imprevidos e imprevisíveis, os quais provocaram alteração no estado de fato ocasionando onerosidade excessiva a uma das partes. O seu nascimento se deu por meio da criação jurisprudencial na Corte de Direito Administrativo que, por sua vez, não teve boa receptividade no direito civil, pois a tradição do *pacta sunt servanda* deveria ser mantida a todo custo.

O caso emblemático sobre a resistência à aplicação da revisão do contrato em virtude do superveniente desequilíbrio econômico, conforme relato de Cordeiro, é o caso do canal Crappone, de 1876, decisão muito citada na jurisprudência francesa. Em 21 de junho de 1567, Adam Crappone comprometeu-se a pagar certa quantia pela construção de um canal de irrigação, quando ele foi finalizado, e ainda três pagamentos por safra. Importa salientar que a manutenção do canal ficava, ainda, sob a responsabilidade do construtor¹⁰⁶.

Porém, o pagamento por safra foi-se depreciando. Em 1778, foi elaborado um relatório que o canal não poderia existir por muito tempo se não fosse feito o pagamento de um reajuste do pagamento a cada safra. O caso foi levado a juízo e concedido um reajuste módico, contudo acabou sendo reformado. As razões da cassação foram no sentido de que se deve respeitar o artigo 1.134 do Código de Napoleão, ou seja, as convenções legalmente formuladas devem valer como lei geral e absoluta e também regem os contratos de trato sucessivo¹⁰⁷.

Outro caso importante é o arrendamento de gado (*affaire di contrat dit cheptel de fer*). Um fazendeiro tinha recebido quarenta cabeças de gado a título de arrendamento. Conforme o contrato, o arrendatário deveria restituir, ao final do empréstimo, os animais

¹⁰⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 956.

¹⁰⁷ “(...) A sentença em causa da C. App. Aix foi cassada; A CassFr declarou lapidariamente: ‘atendendo a que a regra que ele consagra [art. 1134.º do Cod. Napoleão, segundo o qual as convenções legalmente formadas valem como lei] é geral, absoluta e rege os contratos cuja execução se estenda a épocas sucessivas, de igual modo que os de qualquer outra natureza; que, em caso algum, compete aos tribunais, por muito équa lhes possa parecer a sua decisão, tomar em consideração o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir por novas, cláusulas que foram livremente aceitas pelos contratantes’”. (Ibidem, p. 956).

correspondentes ao valor em dinheiro dos animais que ele havia recebido. Em virtude da alta do valor do gado, em razão da Primeira Guerra Mundial, o fazendeiro devolveu apenas cinco animais, que correspondiam ao preço das 40 cabeças de alguns anos antes. Mesmo diante do inconformismo do arrendante, a *Cour de Cassation* confirmou a sentença que determinava a restituição de apenas cinco cabeças de gado e não 40¹⁰⁸.

A teoria clássica contratual fundada única e exclusivamente no *pacta sunt servanda* nas relações jurídicas dominava o ordenamento francês, de origem liberal, desde a Revolução Francesa. Na órbita privada, nem mesmo a Primeira Guerra Mundial alterou o pensamento jurídico.

Há um interessante precedente que trata sobre rescisão de contrato de prestação de serviços em razão do advento da Primeira Grande Guerra. Um estabelecimento de luxo, em virtude do conflito bélico, perdeu sua clientela e, em razão da queda de faturamento, se viu obrigado a dispensar suas costureiras. A Corte de Cassação Francesa considerou a dispensa injustificada. O argumento era no sentido de respeito total e absoluto ao *pacta sunt servanda* e que não haveria impossibilidade de remuneração, mas tão somente mera dificuldade¹⁰⁹.

Embora o Judiciário daquela época fosse refratário à modificação do contrato nas relações privadas em razão do superveniente desequilíbrio contratual, a Corte Administrativa Francesa elaborou a teoria da imprevisão, que foi recepcionada pelo direito brasileiro.

Após a Guerra de 1914, houve um sistemático abalo nas condições econômicas do mundo. Em razão de tal fato, os juristas retomaram os estudos sobre as obrigações contratuais não executadas, a superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, bem como a formação do vínculo, acarretando para um dos contratantes uma onerosidade maior e ruinosa.

A pergunta que se fazia era: seria justo fazer recair, em tal caso, todo o prejuízo sobre quem era apenas culpado de não ter previsto o imprevisível, por um princípio quase que absoluto de irretratabilidade dos contratos, o qual foi previsto no *Code* francês e adotado por vários outros ordenamentos?¹¹⁰ Ou o direito permitiria uma

¹⁰⁸ MORAES, op. cit., p.76.

¹⁰⁹ CORDEIRO, op. cit., p. 958.

¹¹⁰ A Revolução Francesa e os ideais liberais provocaram o desaparecimento da cláusula *rebus sic stantibus* em razão da primazia da autonomia privada na sociedade moderna. Os códigos francês, italiano, português e espanhol estabeleciam a todo custo a manutenção dos pactos outrora assumidos pelas partes. Assim dispunha o artigo 1134 do Código Civil francês de 1804: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur

solução mais humana e equitativa, possibilitando por intermédio do juiz, a exoneração da responsabilidade do estipulante ou a modificação dos efeitos jurídicos do contrato?

A teoria da imprevisão se deu em razão da caótica situação econômica oriunda das duas Grandes Guerras Mundiais. Elas pioraram as desigualdades sociais e econômicas nas grandes cidades, de forma que os contratos de trato sucessivo de prestações diferidas tiveram oneradas suas prestações. Criou-se, então, uma forma de mitigação dos postulados clássicos contratuais, principalmente no que se refere ao *pacta sunt servanda*¹¹¹.

Os pressupostos da teoria da imprevisão, que se conhecem atualmente, foram estabelecidos pela famosa decisão do *Conseil d'État* francês, que julgou o litígio entre a Prefeitura de *Bordeaux* e a *Compagnie Générale d'Éclairage*. Nessa questão, discutiu-se sobre contrato administrativo de serviço público (concessão de obra pública), em que se admitiu a revisão dos preços pela alta do carvão causada pelos transtornos das Guerras. De acordo com a decisão do Tribunal francês, o conteúdo do contrato poderia ser revisto em razão de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis¹¹².

O Conselho de Estado Francês destacou na referida decisão que, embora o contrato de concessão regule os preços e que as alterações do preço integrem a álea do

consentment mutuel, ou pour les causes que la loi autorize Elles doivent exécutées de bonne foi". Já o artigo 1123 do código italiano de 1865 preceituava que "I contracti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti". O Código Civil português de 1867, no artigo 702, estabelecia que "os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvo as exceções especificadas na lei." O artigo 1091 do Código Civil Espanhol de 1889 determina que "las obligaciones que nascen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos."

¹¹¹ "A conturbação social e econômica propiciada pela guerra expôs definitivamente o tormentoso conflito entre a segurança e a justiça: A alteração das circunstâncias foi, igualmente, surpreendente em muitas outras situações, inteiramente modificadas por fatores ligados ao conflito, determinantes da escassez das matérias-primas e da mão de obra, bem como dos produtos, cujos preços se elevaram por forma nunca imaginada. O cumprimento dos contratos passou a ser, em muitos casos, lúgubre marcha para a ruína econômica e, em outros, ao menos um sacrifício chocante e, sem dúvida, injusto. Seria fontes de enriquecimento de uns e do correspondente empobrecimento de outros. A equivalência das prestações deixaria de existir. O problema jurídico era inquietante. O tradicional princípio do respeito ao contrato – *pacta sunt servanda* – apresentava-se como difícil obstáculo. Assinalava-se que quem contrata quer precisamente se resguardar de eventos futuros. O contrato é instrumento de segurança e estabilidade nas relações jurídicas. Não seria, portanto, lógico que, sendo esta a sua finalidade, pudesse o ajuste ser rompido precisamente em virtude de alterações que, segundo a vontade dos contratantes, não deveriam afetar suas obrigações. Por outro lado, havia a considerar que o contrato faltaria à própria finalidade social se se transformasse, por força de circunstâncias novas e imprevisíveis, em meio de aniquilamento econômico. (...) A rigidez do *pacta sunt servanda* conduziria a situações da mais flagrante injustiça. Eis como desenhava a situação. Era, ainda uma vez, a luta entre a noção de segurança e o sentimento de justiça." (BERSSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 146-147)

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (orgs.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.237.

contrato, houve, no caso da Primeira Guerra Mundial, uma alteração extraordinária e a necessidade de se assegurar o interesse público¹¹³.

O legislador francês desenvolveu a teoria da imprevisão por uma série de normas para dirimir situações de desequilíbrio. Há um grupo das normas que prevê resolução e outro que dispõe sobre a revisão do contrato, sem a ocorrência da resolução¹¹⁴.

O primeiro ato normativo a disciplinar a resolução do contrato por meio da aplicação da teoria da imprevisão foi a lei francesa *Failliot* de 1918, que permitiu o pedido de revisão por qualquer das partes contratantes, na hipótese de obrigação ou contratos comerciais concluídos antes de 1º de agosto de 1914 que envolvessem entrega de mercadorias ou gêneros alimentícios, seja em prestações sucessivas seja nas apenas diferidas¹¹⁵.

No segundo grupo, há os atos normativos que buscam revisar o contrato sem, contudo, resolver o vínculo. Destaquem-se nesse grupo o decreto-lei de 30 de setembro de 1953 e o Código Rural, que tratam, respectivamente, da locação comercial e da rural, permitindo ao juiz modificar o preço do aluguel¹¹⁶.

A doutrina francesa, para justificar a alteração das circunstâncias, apoiou-se em recursos extracontratuais. Defende-se, assim, que seria contrário à moral exigir a obrigação depois de uma alteração desfavorável à contraparte, pois implicaria um enriquecimento sem causa¹¹⁷.

Georges Ripert destaca de forma crítica a solução dada pela doutrina francesa para se utilizar da moral como justificativa para alterar o contrato após o superveniente desequilíbrio econômico. O autor sustenta a ideia de segurança jurídica, pois o contrato, em certa medida, é nada mais que prever. Assim, admitir a revisão todas as vezes que se constatar uma situação que não foi prevista seria suprimir do contrato a sua utilidade, isto

¹¹³ “A consagração judicial da teoria da imprevisão deve-se às convulsões provocadas pela guerra de 1914-18. Como marco dessa teoria, aponta-se, habitualmente, ConsEt 30-Mar-1916, no caso conhecido da Companhia Geral de Iluminação de Bordéus, embora o texto dessa decisão pressuponha um reconhecimento judicial anterior da teoria. Discute-se, aí, o seguinte: a Companhia de Iluminação em causa celebrara, por trinta anos, em 1904, um contrato de concessão para o fornecimento de gás e eletricidade a Bordéus, de acordo com determinadas tarifas; depois de 1914, assiste-se à alta do carvão, em proporções tais que poderiam perigar a viabilidade da companhia; o ConsEt começou por focar que, em princípio, o contrato de concessão regula de modo definitivo e que as mudanças de preços integram a álea do contrato; no caso vertente, porém, ocorrera uma situação extraordinária, gerada pela guerra; dada a necessidade de se assegurar o interesse geral, a concessionária só deveria suportar a superveniência na parte razoável, face ao contrato.” (CORDEIRO, op. cit., p. 960-961).

¹¹⁴ MORAES, op. cit., p.78.

¹¹⁵ BITTAR FILHO, op. cit., p. 18.

¹¹⁶ MORAES, op. cit., p.79.

¹¹⁷ CORDEIRO, op. cit., p. 963.

é, garantir o credor contra o imprevisto. O credor, ao exigir o seu direito frente ao devedor em situação de alteração das circunstâncias, cometeria uma injustiça. Em verdade, o que Ripert apregoa é que não se deve punir a pretensão do credor ao exigir a obrigação prevista contratualmente, mas sim o valor alterado do contrato em razão do desequilíbrio superveniente¹¹⁸.

Para os franceses, o contrato é elaborado com limites desenhados pela autonomia das partes, nunca dos juízes. Contudo, a teoria da imprevisão como matéria de fato compensa, de certa maneira, a excepcionalidade das previsões legais nas relações civis. Por outro lado, a jurisprudência administrativa recepciona de forma pacífica o reequilíbrio em contratos modificados por alteração do equilíbrio econômico.

¹¹⁸ RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de O. Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1937, p. 156-158.

5 ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E A TEORIA DA EXCESSIVA ONEROSIDADE NO DIREITO ITALIANO

O Código Civil Italiano de 1865 tinha como tradição seguir a orientação do *Code Francês* no que se refere à estrita observância do *pacta sunt servanda*. Assim, somente a impossibilidade objetiva e absoluta constituía causa de liberação da obrigação¹¹⁹.

Para resolver os problemas de desequilíbrio econômico superveniente do contrato, a jurisprudência italiana teve de se utilizar do arcabouço sobre a matéria de que a cultura jurídica da época dispunha, ou seja, a utilização da técnica de Windscheid desenvolvida na Alemanha, a qual era aplicada nos casos italianos, contudo não havia uma precisão técnica na aplicação da teoria da pressuposição desenvolvida pelo autor. Para justificar a equidade¹²⁰ por meio da pressuposição¹²¹, houve não só a abertura da doutrina italiana, mas também construções no sentido de fundamentar a revisão do contrato com fundamento na teoria da vontade.

Deve-se examinar a vontade pela qual os contratantes se obrigaram, isto é, verificar a que álea as partes se obrigaram mutuamente. Se ocorreram mudanças supervenientes que tenham ultrapassado essa álea, houve a colisão com a vontade das partes. No entanto, não basta apenas a colisão das vontades (aspecto subjetivo), pois a vontade do devedor se limita a sua iniciativa de se vincular a uma presumida circunstância fática (aspecto objetivo), e o credor deve ter consentido de forma implícita com tal vontade¹²².

¹¹⁹ MAIA, op. cit., p.105.

¹²⁰ “Uma proposição jurídica pela qual, verificadas as circunstâncias indeterminadas, se deva decidir pela equidade remete, para a própria equidade, a definição dessas circunstâncias. Aflora, neste ponto, um dado hermenêutico importante já referido: a previsão normativa é inflectida e codeterminada pela sua estatuição. A separação entre esses dois factores tem um sentido abstraccionante admissível apenas pelas necessidades de linguagem expositiva. A nível teórico, a norma constitui um todo integrado no sistema, onde, de modo algum, se poderia alterar o previsto sem o estatutivo e inversamente; a nível interpretativo-aplicativo, enquanto, por um lado, o julgador recorre às consequências para penetrar nas realidades causadoras, depende, por outro, a factibilidade do conjunto – e logo da previsão – do que se consiga nos efeitos. O mecanizar dos quadrantes decisórios, com a subsunção, o conceitualismo e todo um cortejo de malefícios conhecidos, assenta no corte do trânsito previsão – estatuição; restabelecida a ligação, ele processa-se em dois sentidos. (...) Neste cenário, a conexão onerosidade excessiva – equidade segue os moldes inevitáveis: o intérprete aplicador deve actuar pela equidade quando ocorra uma conjuntura indefinida; logo, quando a equidade deva suplantar o direito estrito, dá-se por existente a conjuntura em causa. E porque a equidade, não sendo freada, vale por si, vai ela própria, quando admitida, determinar o momento do preterir do Direito.” (CORDEIRO, op. cit., p. 980-984; 1103-1104).

¹²¹ Ibidem, p. 980-984; 1100-1104.

¹²² MORAES, op.cit., p. 80-81.

Surge no direito italiano o conceito da superveniência (*sopravvenienze*), isto é, alteração ocorrida depois da conclusão do contrato e antes da sua completa execução, o qual muda por completo o contexto de atuação do programa contratual¹²³.

Em verdade, há uma dificuldade extrema de se compatibilizar a cláusula *rebus sic stantibus* com o princípio do consensualismo, tal qual foi preconizado pela teoria clássica do contrato. Não há critérios somente baseados na vontade das partes que sejam seguros ou convincentes para determinarem, em todos os casos, quando um evento foi ou não decisivo para a declaração negocial. Em razão disso, parte da doutrina italiana (OSILIA E PUGLIESI) repudiava a inserção da onerosidade excessiva e da cláusula *rebus sic stantibus* em razão da excessiva concepção moralista e da equidade, podendo levar a uma série de decisões injustas¹²⁴.

Em 1942, o Código Civil Italiano introduziu em seus artigos 1467, 1468 e 1469 a excessiva onerosidade como uma das causas de resolução dos contratos. Assim, no que concerne aos pactos de execução continuada ou periódica, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, em razão de eventos extraordinários e imprevistos, a parte prejudicada pode postular em juízo a resolução, desde que a referida onerosidade esteja dentro da álea normal do contrato. Além disso, a parte contra a qual a medida é postulada pode evitar a resolução, propondo a modificação equitativa das condições pactuadas¹²⁵.

¹²³ Sobre o tema *sopravvenienze* (superveniência): FALZEA, Angelo; GROSSI, Paolo; CHELI, Enzo. **Enciclopedia del Diritto Annali**, vol. 2. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 1075-1084; ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Trattato di Diritto Privato, Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 1015.

¹²⁴ MORAES, op.cit., p. 88-83.

¹²⁵ CÓDIGO CIVIL ITALIANO, artigos 1467, 1468 e 1469: Sezione III – Dell'eccessiva onerosità.

Art. 1467. **Contratto con prestazioni corrispettive**. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Art. 1468. **Contratto con obbligazioni di una sola parte**. Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469. **Contratto aleatorio**. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti. (CÓDIGO CIVIL ITALIANO. Disponível em: <https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/politics/research/statorg/italy/ngo/Association_Law_-_Codice_Civile.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2016)

No que diz respeito à excessiva onerosidade no direito italiano, pode-se afirmar que: a) os fundamentos podem ser definidos pela aplicação aos contratos comutativos e pelo aumento da onerosidade em relação ao aumento da prestação no momento da formação do contrato; b) ela é determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis de forma concomitante; c) a previsibilidade diz respeito ao momento de formação do contrato e deve ajustar-se ao critério de uma pessoa de diligência normal; d) a excessiva onerosidade deve ser proveniente de um fato objetivo, não sendo derivado de inexecução voluntária do devedor, do agravamento da prestação em razão de sua mora; g) um acontecimento extraordinário e imprevisível deve guardar relação direta de causalidade com a onerosidade excessiva; h) deve haver dilação temporal entre a celebração do contrato e sua execução; i) as causas da excessiva onerosidade consistem em encarecimento de bens e aumento de mão de obra, sem contrapartida no valor dos preços, geralmente em virtude de guerras, aumento do déficit público, majoração do endividamento nacional, desvalorização monetária e inflação. Entretanto, tais fatos devem ser considerados à luz de uma causa extraordinária¹²⁶.

A onerosidade excessiva vem concebida como uma perturbação do equilíbrio contratual determinado entre a prestação devida e a contraprestação, afetando o sinalagma, que é o liame entre as prestações recíprocas do contrato¹²⁷.

Para a configuração da alteração das circunstâncias no contrato (desequilíbrio econômico superveniente), a legislação italiana exige que o desequilíbrio não faça parte do risco assumido de forma implícita pelas partes, pois cada tipo contratual possui diferentes âleas e a onerosidade excessiva não pode recair sobre esses riscos assumidos, razão pela qual o artigo 1469 do Código Civil Italiano exclui da excessiva onerosidade os contratos aleatórios. Quanto aos limites dessa exclusão – possibilidade de revisão dos contratos aleatórios – importa destacar que a vedação de incidência da excessiva onerosidade deve-se manter nas estritas balizas da âlea assumida pelas partes¹²⁸.

Importa ainda ressaltar a extraordinariedade e a imprevisibilidade do evento superveniente. O fato pode ser natural, técnico, político, econômico ou normativo. A previsibilidade deve levar em consideração a qualidade das partes e as condições do mercado. Para se analisar a extraordinariedade e a imprevisibilidade, deve-se ter como

¹²⁶ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 90.

¹²⁷ BOSELLI, Aldo. Eccessiva Onerosità. In: AZARA, António & EULA, Ernesto **Novissimo Digesto Italiano**, v I Torino: Unione Tipográfica, 1975. p. 331-338.

¹²⁸ ROPPO, op. cit., p. 1032.

juízo de valor o grau de especificidade e a probabilidade de ocorrência do evento, considerando a álea normal do contrato¹²⁹.

Nota-se, ainda, que o ordenamento italiano conferiu remédios jurídicos para resolver o problema. O primeiro deles é a própria resolução do contrato. O segundo é o próprio direito potestativo¹³⁰ de evitar a resolução oferecendo adaptar o contrato de forma equitativa, mantendo-se a higidez contratual. O juízo não pode, por sua iniciativa, modificar o contrato, homenageando a avença como lei entre as partes e conferindo a mínima interferência judicial ao contrato¹³¹.

Ficou demonstrado que a solução italiana abarcou o requisito da onerosidade excessiva, o qual revela, de forma bastante objetiva, o desequilíbrio econômico superveniente entre prestação e contraprestação. O direito brasileiro se inspirou no direito italiano para a construção de suas regras sobre alteração de circunstâncias, como será visto a seguir. Adicionou alguns requisitos e silenciou sobre outros aspectos, o que levou a jurisprudência a desempenhar um papel de extrema relevância no estudo da matéria.

¹²⁹ Idem, p. 1025.

¹³⁰ Idem, 1029.

¹³¹ SACCO, Rodolfo. **Il contratto** In Vassali Filippo. *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, v. 6, t. 2, Torino: Torinese, 1975. p. 1003.

6 BREVE SÍNTESE DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO

É possível encontrar referência sobre a alteração das circunstâncias nas Ordenações Filipinas¹³², no entanto, a aplicação da *cláusula rebus sic stantibus* somente ocorreu posteriormente. No direito civil brasileiro, como aponta Carlos Alberto Bittar Filho, há basicamente três correntes sobre a admissibilidade ou não da teoria revisionista no ordenamento jurídico. Com relação aos doutrinadores que inadmitem a possibilidade de revisar os contratos, destacam-se Castro Magalhães¹³³ e Carvalho Santos¹³⁴.

Os referidos autores filiam-se à concepção da teoria clássica dos contratos, segundo a qual a imutabilidade prevista no *pacta sunt servanda* é a regra. Assim, a anormalidade das circunstâncias não pode influir no consenso, de forma que o contrato garante a ideia de seguro, pois, se se admitir sua revisão quando da superveniência de alguma circunstância, o contrato perderia sua salvaguarda para o credor¹³⁵.

Da linha dos autores que defendem a revisão dos contratos, faz parte Artur Rocha¹³⁶, o qual sustentou a aplicação da cláusula levando em consideração a doutrina italiana, que estabelece que todo negócio jurídico é determinado por um pressuposto econômico de limite ordinário e que o Estado, por seu turno, tem de levar em conta que a vontade não pode prever todos os riscos.

Há, ainda, a obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca, que apontou a necessidade de o intérprete se utilizar de recursos da analogia, pois o Código Civil de 1916 não dispunha de nenhum mecanismo expresso de revisão contratual. Assevera o autor que o edifício jurídico é composto por princípios e que estes nem sempre são imutáveis para

¹³² Paulo Carneiro Maia destaca o Livro IV, título XXI das Ordenações Filipinas, que vigoram no Império do Brasil por força da Lei de 20/10/1823: “Posto que alguns compradores e vendedores, e outros contrahentes se concertem, que se haja de pagar certa moeda de ouro ou de prata, será o vendedor obrigado a receber qualquer moeda corrente lavrada de nosso cunho, ou dos Reis, que ante Nós forão, na valia, que lhe per Nós for posta”. (MAIA, op. cit., p.53-54).

¹³³ MAGALHÃES J. de Castro. (Parecer) A Cláusula Rebus Sic Stantibus. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. XXXIII, jan./jun. de 1920, p. 45-46. Cf. também MORAES, op. cit., p. 89.

¹³⁴ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **O Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 230.

¹³⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da Imprevisão: sentido atual, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 679, maio de 1992, p. 19-29.

¹³⁶ ROCHA, Arthur. **Da intervenção do estado nos contratos concluídos**. Rio de Janeiro: Irmãos Porgetti, 1932, p. 48-49.

atender aos anseios humanos. Tais princípios são obtidos por indução, remontando das regras particulares a conceitos gerais e por generalizações sucessivas aos mais elevados cumes do sistema jurídico¹³⁷.

Conforme visto, o Código Civil de 1916 nada constou expressamente sobre a revisão dos contratos. O artigo 928 dispunha que a obrigação opera entre as partes¹³⁸, ou seja, que as obrigações resultam em efeitos sobre as partes com sujeição recíproca e que deve ser observado o princípio do *pacta sunt servanda*¹³⁹. De nítida inspiração liberal e permeado pelo individualismo típico dos códigos oitocentistas, o Código Civil de 1916 previa alguns dispositivos em que havia a desobrigação da relação obrigacional se ocorresse a vontade recíproca¹⁴⁰.

Houve, então, interpretação por parte da doutrina, como, por exemplo, a de Bittar Filho¹⁴¹, asseverando que, como o Código Civil de 1916 nada dispôs sobre a revisão dos contratos, também não se opõe expressamente. O autor destacou alguns artigos em que se podiam verificar traços de aplicação do revisionismo contratual, como, por exemplo, os alimentos e o contrato de empreitada, previstos respectivamente nos artigos 401 e 1246¹⁴².

Interessante destacar o anteprojeto do Código das Obrigações de 1941, elaborado pelos juristas Orosimbo Nonato, Philadelfo Azevedo e Hannemann Guimarães, que previa a revisão dos contratos.¹⁴³

¹³⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 343-344.

¹³⁸ Art. 928. A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim, entre as partes, como entre os seus herdeiros.

¹³⁹ BITTAR FILHO, op. cit., p. 24.

¹⁴⁰ A esse respeito, ver os artigos 762, 954, 1060, 1091, 1092, 1131, 1190, 1205 e 1399 do Código Civil de 1916.

¹⁴¹ BITTAR FILHO, op. cit., p. 24.

¹⁴² Art. 401. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo.

Art. 1.246. O arquiteto, ou construtor que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que os dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se argumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

¹⁴³ Dispunha o artigo 322 do anteprojeto do Código das Obrigações: “Quando, por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exato dessa dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância”. (BITTAR FILHO, op. cit., p. 24).

No século XX, verificou-se, ainda, o fenômeno do intervencionismo estatal na seara dos contratos, como se pode observar nos contratos de trabalho, na previdência social, no comércio de crédito e no próprio Sistema de Defesa do Consumidor.

Tal fenômeno é uma característica irreversível, dada a peculiaridade da hipercomplexidade, que, no mundo jurídico, revela-se na multiplicidade de fontes do direito, porque há vários grupos sociais que se encontram justapostos uns aos outros, contudo não possuem valores compartilhados (*shared values*), e cada um almejando normas ou regramentos específicos¹⁴⁴, fenômeno que se notabilizou com a massificação dos contratos e que ganhou força a partir do século passado.

Apesar de o Código de 1916 não contemplar a revisão dos contratos, Fonseca destaca os trabalhos da Semana Internacional do Direito de 1937 na França, promovida pela Société de Législation Comparée, pela Société d'Etudes législatives e pela Association des Juristes de langue française pour la culture juridique française, hoje Association Henri Capitant. Participaram dessa assembleia 47 países, dentre os quais o Brasil.

Particularmente, quanto à possibilidade da revisão ou da resolução parcial dos contratos, no caso de onerosidade excessiva decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, o assunto foi apreciado em face das legislações da Alemanha, da Inglaterra, da França, da Hungria, da Itália, do Líbano, da Noruega, da Polônia, da Suíça, da Turquia, da Iugoslávia, do Japão e da Romênia. Sintetizando as conclusões dos trabalhos, o relator geral, Professor Niboyet, classificou as legislações em dois grandes grupos: o não revisionista e o revisionista, destacando para uma categoria especial o direito inglês, pelas peculiaridades que apresenta¹⁴⁵.

Após o projeto do Código das Obrigações de 1941, em 1963, coube a Caio Mário da Silva Pereira a incumbência de elaborar novo anteprojeto do Código das Obrigações, que não entrou em vigor, mas que preconizava o revisionismo no artigo 358¹⁴⁶.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. In MARQUES e MIRAGEM (orgs.), op. cit., p. 556.

¹⁴⁵ FONSECA, op. cit., p. 203.

¹⁴⁶ “Art. 358. Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisto ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a se tornar excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato”. Ainda cabe apontar os artigos 359, 360 e 361.

Art. 359. A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu, dentro do prazo da contestação, modificar com equanimidade o esquema do cumprimento do contrato.

O acolhimento da teoria da imprevisão no ordenamento brasileiro se deu basicamente durante as décadas de 1940 e 1950. Conforme mencionado, umas das principais obras sobre o tema é o livro de Medeiros da Fonseca, que mitigou a aplicação do *pacta sunt servanda*¹⁴⁷.

A primeira decisão judicial brasileira que aplicou a *cláusula rebus sic stantibus* foi proferida em 27 de outubro de 1930 pelo juiz Nelson Hungria, que não encontrando a alteração das circunstâncias expressa em lei, houve por bem inferir dos princípios gerais do direito e da equidade, relacionando a uma exegese de interpretação da vontade e o princípio da boa-fé contratual¹⁴⁸.

Ademais, cumpre notar que, durante as décadas de 1960 e 1970, vários doutrinadores brasileiros manifestaram-se no sentido da admissibilidade da aplicação da *cláusula rebus sic stantibus*, desde que seja com parcimônia e elevada técnica jurídica, tentando preservar ao máximo a essência dos contratos (*pacta sunt servanda*)¹⁴⁹.

Nessa época também houve um debate intenso sobre em qual teoria se fundamentaria a revisão dos contratos, com um estudo aprofundado sobre as teorias alemãs¹⁵⁰ e, ainda, os efeitos da inflação¹⁵¹ para a revisão dos contratos¹⁵². Apesar dos

Art. 360. Aos contratos aleatórios não tem a aplicação a faculdade de resolução por onerosidade excessiva. Art. 361: Não se dará, igualmente, esta resolução nos contratos em que uma só das partes tenha assumido obrigação, limitando-se o juiz, nesse caso, a reduzir-lhe a prestação. (BITTAR FILHO, op. cit., p. 25).

¹⁴⁷ “Todavia, quando a superveniência imprevista e imprevisível, alterando profundamente o ambiente objetivo anterior, além de acarretar o sacrifício extremo do devedor, constitui para o credor uma fonte de enriquecimento inesperado, será conforme aos ditames da justiça manter a obrigatoriedade integral do contrato? Não se verificará, assim, um enriquecimento injusto, por ser para o credor decorrente do acaso, enquanto para o devedor é causa de ruína? Porque é necessário reconhecer: não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento; mas a superveniência imprevista. E se é legítimo assegurar coativamente a execução de um direito convencionado, constituirá talvez uma suprema injustiça permitir que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante”. (FONSECA, op. cit., p. 243)

¹⁴⁸ Ibidem, p. 310.

¹⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18-24; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, fontes de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 108-113; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 215-265.

¹⁵⁰ GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 133.

¹⁵¹ MORAES, op. cit., p. 137-138.

¹⁵² Ainda sobre a teoria da imprevisão e os planos econômicos, em 1991, Judith Martins Costa publicou um artigo sobre a teoria da imprevisão e os planos econômicos governamentais, em que defendia, na relação contratual, a equivalência das prestações. A jurista gaúcha aponta no estudo que a mais moderna doutrina vem defendendo a ideia de direito justo em matéria contratual. Assim, devem ser adicionados aos princípios clássicos da autodeterminação e da autovinculação os princípios da equivalência objetiva e o da proporcionalidade medida, que tornaria possível a revisão do contrato desequilibrado. (MARTINS-COSTA, Judith. Teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 670, 1991, p. 41-48).

esforços para positivar a revisão dos contratos, não houve êxito nos Projetos de Códigos da Obrigação de 1941 e 1963.

Não obstante a ausência de positivação no direito brasileiro da revisão dos contratos, o que somente ocorreria por ocasião da promulgação do Sistema de Defesa do Consumidor em 1990 e do Código Civil de 2002, a doutrina continuou a estudar a matéria com análises jurisprudenciais, as quais agregaram outras contribuições ao tema da revisão dos contratos.

Os estudos doutrinários, de forma didática, adicionaram classificações às teorias que dão suporte à revisão dos contratos. Assim, destacam-se as teorias internas ao contrato com base na vontade, as quais se subdividem em teoria da pressuposição, vontade marginal, erro, base subjetiva e base objetiva do negócio. Das teorias internas com base na prestação: dever de esforço e ruína ou impossibilidade econômica. Têm-se, ainda, as teorias externas do contrato, as quais se subdividem em boa-fé objetiva, regra moral, equidade e onerosidade excessiva¹⁵³.

As décadas de 1980 e 1990 no Brasil foram marcadas por períodos prolongados de turbulência econômica, com várias intervenções do Estado na economia e o advento de planos econômicos malsucedidos, provocando a desvalorização da moeda e a necessidade de se readequar o equilíbrio contratual, conforme se destacam pelos seguintes precedentes:

ARRENDAMENTO MERCANTIL - CLÁUSULA DE REAJUSTE COM BASE NA VARIAÇÃO CAMBIAL - MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL EM JANEIRO DE 1999 - FATO SUPERVENIENTE - ONEROSIDADE EXCESSIVA - REVISÃO PARA SUBSTITUIR PELO INPC. POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART 6º, INC V, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A abrupta mudança feita na política cambial, ocasionando, em janeiro de 1999, uma imediata e significativa desvalorização do real frente ao dólar americano, constituiu fato superveniente produtor de desequilíbrio nos contratos de arrendamento com cláusula de paridade cambial, fazendo com que as prestações sofressem acréscimos muito superiores ao que poderiam suportar os consumidores, abrindo-se-lhes, por conseguinte, a via da revisão contratual, conforme facultado pelo art. 6º, inc. V, do Código de Defesa do Consumidor. (TJ/SP, Apelação nº 694.380-00/3, Rel. Des. Andrade Neto, julgado em 23/11/2005)

¹⁵³ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 81-88. Cf. também FERNANDES, op. cit., p. 29-89.

ARRENDAMENTO MERCANTIL - LEASING FINANCEIRO - CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL - LIBERAÇÃO DO CÂMBIO E ALTA DO VALOR DAS PRESTAÇÕES MENSASIS - AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL JULGADA PROCEDENTE - ACOLHIMENTO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. Economia brasileira que, nas últimas décadas, exibe alterações bruscas e que, tão só por esse pormenor, torna previsível alteração da política cambial. Alta que tornou as prestações desproporcionais para ambas as partes. Não contribuição da arrendadora para onerosidade alegada pela arrendatária. Legalidade e validade da cláusula de variação cambial. Recurso provido. (2ºTAC/SP, Apelação n.º 9081575-14.1999.8.26.000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, julgado em 26/04/2001)

Com a promulgação do Sistema de Defesa do Consumidor em 1990 e do Código Civil de 2002, houve a inserção da revisão dos contratos no direito positivo brasileiro, conferindo um caráter de socialidade, boa-fé objetiva e equivalência das prestações aos pactos. Tais disposições guardam suporte de validade com a Constituição Federal de 1988.

O Código Civil introduziu outros dois limites à liberdade contratual no Direito Brasileiro, quais sejam, a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. Assim, o respeito à função social impõe que os contratos sejam equilibrados, de forma que todas as normas que buscam esse equilíbrio devem ser catalogadas como cogentes¹⁵⁴.

A boa-fé objetiva é a eticidade inserida no direito das obrigações e, apesar da referida regra ter conteúdo moral, impõe-se como regra jurídica no direito contemporâneo¹⁵⁵.

Ademais, os anos 1990 também foram marcados pela aplicação da teoria da base objetiva, a qual sofreu modelagem jurisprudencial nos casos de intervenção estatal e na fixação de preços mínimos¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza, op. cit. p. 197.

¹⁵⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42.

¹⁵⁶ “O efeito do desaparecimento da base negocial legitima o juiz a revisar o contrato de duas maneiras: restabelecendo o equilíbrio através da remodelagem de algumas das cláusulas, sempre que possível; ou possibilitando o direito formativo de resolução, desde que a impossibilidade for absoluta e assim o requeira o titular do poder formativo extintivo. Como se percebe, comparada com a Teoria da Imprevisão, a Teoria da Base Objetiva supõe pressupostos mais flexíveis, acolhendo aqueles casos em que o desequilíbrio tem como causa a direta intervenção estatal, mesmo quando imprevisível, como ocorre, v. g., na fixação de preços mínimos para determinados produtos ou de ‘tetos’ para certos serviços. E é justamente neste sentido que a Teoria da Base Objetiva vem sendo objeto de modelagem jurisprudencial

O Sistema de Defesa do Consumidor foi pioneiro ao trazer expressamente a revisão do contrato por onerosidade excessiva com foco objetivo, com a dispensa do requisito da imprevisibilidade. O referido diploma tem como escopo buscar o reequilíbrio das partes (consumidores e fornecedores/prestadores) por meio da igualdade substancial com vistas a suprir insuficiências das regras de mercado e, notadamente, não apenas pela sua técnica apurada, mas também pelo avanço social, o Sistema de Defesa do Consumidor representa um marco no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁷.

Em 2002, foi promulgado o Código Civil, que positivou a revisão do contrato com a necessidade de se observar os seguintes requisitos: existência de um contrato de trato sucessivo; ocorrência de fato superveniente extraordinário e imprevisível e causação de onerosidade excessiva para uma das partes com a destruição da relação de equivalência material das prestações contratuais com extrema vantagem para outra parte¹⁵⁸.

Conforme acima referenciado, o Código Civil inseriu parâmetros dotados de socialidade e eticidade, que, à semelhança do Sistema de Defesa do Consumidor – o qual já tinha positivado a boa-fé objetiva – inseriu a teoria geral dos contratos em patamar sintonizado com os anseios da sociedade contemporânea.

entre nós desde os finais da década de 1980”. (MARTINS-COSTA e FIGUEIREDO TEIXEIRA (org.), op. cit., p. 243)

¹⁵⁷ Não há dúvida de que foi uma iniciativa pioneira do direito brasileiro, embora, como sempre, o texto legal tenha se inspirado em trabalhos precedentes, como o *Project de Code de la Consommation* francês, redigido por Jean Calais-Auloy, a *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, espanhola, de 1984, a Lei 29/1981 de Portugal, a *Ley Federal de Protección al Consumidor* mexicana de 05.02.1976 e a *Loi sur la Protection du Consommateur* da Província Canadense de Quebec, 1979. Também influíu a legislação de proteção do consumidor norte-americana, em especial o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*. (ZANETTI, op. cit., p. 205).

¹⁵⁸ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2008, p.206.

7. DISTINÇÕES ENTRE ONEROSIDADE EXCESSIVA E IMPOSSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO

Como premissa fundamental, é possível afirmar que a onerosidade excessiva ocorre quando uma alteração superveniente de circunstância tornou a obrigação onerosa demais para uma das partes. Assim, é imperioso destacar que a obrigação onerosa não a torna impossível de se realizar. Diante da impossibilidade de se prestar o objeto da obrigação, surge para o devedor sua exoneração, não havendo como se perquirir sua culpa¹⁵⁹.

A impossibilidade, por outro lado, embora mantenha a comutatividade do contrato, coloca uma das partes em situação de desvantagem frente à outra, impossibilitando a prestação do objeto.

Para ilustrar o tema, há interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁰, em que restou destacada a aplicação da teoria do *factum principis*¹⁶¹:

CIVIL - PROPOSTA PARA COMPRA DE IMÓVEL A PRAZO. ACEITAÇÃO - ARRAS. SUPERVENIÊNCIA DE LAMENTÁVEL PLANO ECONÔMICO - CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES PELOS PROPONENTES. FORÇA MAIOR (FACTUM PRINCIPIS). EFEITOS: EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 12 DA LEI 8024/90 - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1056 E 1097, CÓDIGO CIVIL. RECURSO DESACOLHIDO. I - O advento de plano Econômico, que impôs o bloqueio de indisponibilidade de grande massa de dinheiro existente no mercado, impossibilitando o cumprimento, nas condições e prazo avençados, das promessas de compra e venda de imóveis celebradas e que previam prazo de pagamento para além de 180 dias, por parte de compromissários-compradores que contavam com recursos de poupança ou de outras aplicações financeiras para saldar as prestações assumidas, caracterizando a medida governamental

¹⁵⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit. pp. 152-153.

¹⁶⁰ Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, REsp n.º 42.882/SP, DJ 08/05/1995.

¹⁶¹ “A outra corresponde ao chamado fato do príncipe, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute diretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido. (...) Medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado.” (ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 277 e 279).

factum principis, e de ser considerado como força maior motivadora da dissolução do vínculo contratual, impondo-se, em consequência o retorno ao status quo ante, com a devolução das parcelas pagas, de modo a evitar o enriquecimento sem causa. (STJ, REsp 42882/SP, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 21/03/1995)

Cumprir mencionar que o Código Civil não aponta a matéria referente à impossibilidade da obrigação, apenas destaca as suas modalidades (artigos 233 a 251 do código vigente)¹⁶². De tal forma, quando a obrigação é impossibilitada, não se pode falar em onerosidade excessiva e na conseqüente necessidade de revisar o contrato. Assim, ou a obrigação é impossível, ou a obrigação é onerosa, isto é, tais hipóteses são excludentes entre si, não havendo que se perquirir sua coexistência. Para fins metodológicos, o presente capítulo somente abordará a impossibilidade superveniente, não a originária, a qual ocorre no momento da formação do contrato no que concerne aos requisitos da validade. Para melhor análise da questão, seguem algumas classificações.

7.1 Impossibilidade subjetiva e objetiva

Há situações em que a obrigação se torna impossível quando o comportamento exigível do devedor, em consonância com a natureza da obrigação, torna-se inviável. Na eventualidade da obrigação se tornar impossível a todos os devedores, a impossibilidade é objetiva. Por outro lado, a impossibilidade subjetiva ocorre quando um devedor não pode cumprir a obrigação, mas os outros podem arcar com ela¹⁶³.

Há relevância na distinção, vez que somente a impossibilidade objetiva exonera o devedor. Todavia, nas obrigações infungíveis – aquelas que o devedor deve cumprir pessoalmente –, a impossibilidade subjetiva se equipara com a objetiva. Fonseca¹⁶⁴ cita um intrigante exemplo sobre a elaboração de uma obra intelectual por um

¹⁶² PONTES DE MIRANDA, op. cit., t. XXII, p. 69.

¹⁶³ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral** – vol. II, 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p.67-68.

¹⁶⁴ “Sem dúvida que, às vezes, quando se trata de obrigação tendo por objeto um facere infungível, há impedimentos pessoais ao devedor que se refletem necessariamente sobre a própria prestação, impossibilitando-a. Assim, v. g., no exemplo da elaboração de um livro por determinado intelectual, a doença ou morte do escritor inibindo-o de cumprir a obrigação assumida. Em tais casos, não nos parece verificar impossibilidade subjetiva ou relativa, mas verdadeira impossibilidade objetiva, como, com razão, salientou GIOVENE. Não assim se a impossibilidade decorrer de outras condições pessoais do

escritor. A doença ou morte do escritor inibirá a prestação da obrigação de forma que no caso descrito não se configura impossibilidade subjetiva ou relativa, mas verdadeira impossibilidade objetiva.

7.2 Impossibilidade absoluta e relativa

Somente a impossibilidade absoluta extingue a obrigação. Assim, a mera dificuldade para o cumprimento da obrigação não exime o devedor de cumpri-la. Observa-se que, no Brasil¹⁶⁵, consagrou-se o uso indistinto da impossibilidade absoluta como objetiva e o da impossibilidade relativa como subjetiva¹⁶⁶.

Quando se diz que a impossibilidade relativa é suficiente para se liberar o devedor, infere-se como sinônimo de impossibilidade subjetiva. É preciso consignar que o significado de impossibilidade relativa deve ser observado sob a lente da boa-fé objetiva. Assim, se a prestação é fungível, ainda que objetivamente possível, deveria ser considerada como impossível, analisando-se as peculiaridades do caso concreto.

Ponte de Miranda traz alguns exemplos elucidativos. O primeiro diz respeito ao transportador que prometeu levar à montanha o material de construção. A ponte sobre o rio caiu e, para levá-lo até o lugar combinado, seria preciso dar a volta ao redor da montanha e entrar por outro caminho, o que custaria muitíssimo, mais que o preço do transporte anteriormente convencionado. O segundo exemplo é sobre o construtor que promete construir uma casa. Se A promete construir a casa no terreno de B, mas, ao começar as obras, descobre que a fonte que se conhecia na parte inferior do terreno passa por baixo do lugar em que teria de construir, exigindo pilastras ou estacas alicerciais de dez metros ou mais, a impossibilidade está caracterizada, porque essa não era a prestação em que A e B acordaram ao concluir o contrato de empreitada¹⁶⁷.

Assim, quando a obrigação se torna mais custosa, fica-se diante da onerosidade excessiva, e somente haverá impossibilidade relativa em ocasiões específicas quando a impossibilidade subjetiva em prestação fungível deve também liberar o devedor.

devedor, sem relação necessária com a prestação, como, por exemplo, no caso figurado, a falta de dinheiro para comprar obras indispensáveis à elaboração do trabalho.” (FONSECA, op. cit., p. 154).

¹⁶⁵ Ibidem, p. 153

¹⁶⁶ SILVA, op. cit., p. 98-99.

¹⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., t. XXIII, p. 104-105.

No julgado acima, o Ministro Rui Rosado de Aguiar¹⁶⁸ destaca que, no caso do bloqueio das poupanças por ocasião do Plano Collor, em verdade a obrigação era possível de se prestar, contudo, por uma situação subjetiva – devedor com dinheiro bloqueado – deve-se observar o caso em concreto sob a égide da impossibilidade relativa.

Outro exemplo emblemático trazido por Washington Barros Monteiro remete-nos a uma situação de prestações infungíveis que implicam risco para a vida ou para a saúde, riscos que obviamente superam a atividade desempenhada pelo devedor¹⁶⁹.

Os exemplos acima colacionados não se amoldam ao clássico conceito de onerosidade excessiva prevista no Código Civil, pois o artigo 478 dispõe que a onerosidade excessiva deve causar extrema vantagem para outra parte, de modo que o desequilíbrio notado refere-se nitidamente a fatores de ordem econômica ou patrimonial.

7.3 Superveniente ruína pessoal

O superveniente empobrecimento do contratante pode tornar impossível a obrigação também na chamada impossibilidade econômica pessoal. Nesse ponto, sobretudo no âmbito no Sistema de Defesa do Consumidor, a perda do emprego do consumidor poderia até ser um evento que provocasse a revisão do contrato. Contudo, Humberto Theodoro Junior preleciona que afastar o consumidor do cumprimento das suas obrigações poderia causar insegurança jurídica, pois, para as hipóteses de insolvência, existe no ordenamento a execução (*par conditio crediturum*) para pessoas naturais e jurídicas¹⁷⁰.

Por outro lado, Otávio Luiz Rodrigues Junior sustenta que o consumidor é portador de elevado grau de vulnerabilidade e de hipossuficiência, e determinadas atividades econômicas, as quais se caracterizam pela ausência de controle sobre ofertas de bens e serviços, especialmente a abusividade praticada na venda de concessão de crédito, autorizam a utilização da exceção da ruína pessoal, ainda que de modo excepcional. O referido autor afirma que se poderá aplicar a exceção da ruína pessoal aos

¹⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, REsp n.º 42.882/SP, DJ 08/05/1995

¹⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações** – 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 178.

¹⁷⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 44.

casos de superendividamento para os contratos bancários até a aprovação de leis específicas, como ocorre na Alemanha e na França, onde o juiz deverá adequar as cláusulas do contrato à realidade do devedor¹⁷¹.

Cumpre-nos esclarecer que a onerosidade excessiva é uma modalidade de alteração de circunstâncias configurada pelo desequilíbrio contratual superveniente. Todavia, há outras modalidades de alteração das circunstâncias em que não ocorre o desequilíbrio superveniente, nem a impossibilidade material, mas a inutilidade da prestação.

7.4 Inutilidade de prestação

Para ilustrar a inutilidade da prestação, alguns exemplos relacionados pela doutrina. Os dois primeiros exemplos vêm de Larenz, que são, respectivamente, o do contrato para que o rebocador desencilhasse o navio, fim frustrado pelo desencilhe natural em virtude da elevação da maré, e o da encomenda de uma porta de igreja, destruída em razão de bombardeio ocorrido durante a guerra¹⁷².

Cabe destacar a doutrina da *frustration of contracts* configurada na chamada *Law Reform Act* de 1943, tratando do reembolso de despesas ocorridas em um contrato frustrado. O exemplo típico da doutrina é a frustração do contrato ocorrida nos *coronation cases*, que envolveu a locação de sacadas, cadeiras, janelas e embarcações para assistir à coroação de Eduardo VII, malgrado em razão da doença que acometeu o rei.

O demandante havia alugado sua casa situada em Londres para o dia de desfile da coroação de Eduardo VII, em cujo itinerário ela estava. O demandado sublocou as janelas da casa. Houve a suspensão do desfile da coroação. O juiz não acolheu a demanda proposta pelo demandante, tendo como objeto o pagamento da renda combinada. O Judiciário entendeu que houve a destruição da coisa a que o contrato fazia referência.

Para se aferir a inutilidade da prestação, o Tribunal deve primeiro averiguar o sentido do contrato (*the substance of the contract*), deduzindo não somente o texto do contrato como também as circunstâncias adjacentes conhecidas pelas partes. Para que o

¹⁷¹ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 209-210.

¹⁷² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012

referido contrato possa ser interpretado conforme seu sentido, é necessária, para sua fundamentação, a admissão da existência de um determinado estado das coisas¹⁷³.

7.5 Balizas da interpretação da alteração das circunstâncias

As distinções entre onerosidade, a impossibilidade e a inutilidade da prestação acima descritas revelam, de certa maneira, que não se deve abrir mão da consideração de vários elementos, como a anormalidade dos fatos, a álea contratual, a boa-fé objetiva e o próprio sinalagma contratual para o correto diagnóstico da tutela jurisdicional a ser aplicada. Em outras palavras, a decisão deve-se pautar pela ponderação de balizas, como o princípio da autonomia privada, tal qual preconizado no pacto, bem como da boa-fé objetiva, como forma de preservação do equilíbrio contratual. É preciso, então, manejar um modelo de decisão que comporte, entre suas variáveis, a autonomia privada e seus valores com os fatores de concretização sediados no contrato e a boa-fé parametrizada de acordo com as alterações do caso concreto¹⁷⁴.

A alteração das circunstâncias não está relacionada somente com a questão da boa-fé objetiva. Todavia, não se pode admitir que uma parte espere da outra o cumprimento de uma prestação assimétrica em razão da alteração das circunstâncias. Seria sim uma conduta contrária aos *standards* da boa-fé. Mas é preciso considerá-la em certa medida na equação da alteração das circunstâncias no que concerne à justiça contratual.

A casuística é que determinará as dimensões da adaptação na diferenciação entre a inutilidade da prestação e a alteração de circunstâncias. Em verdade, a solução ideal deve preservar os fatores básicos do litígio, com o objetivo de manter, na medida do possível, o figurino pensado pelas partes em obediência ao escopo inicial do negócio jurídico.

¹⁷³ LARENZ, op. cit., p. 117-118.

¹⁷⁴ CORDEIRO, op. cit., p. 1114.

8 DIFERENÇAS DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS COM ALGUNS INSTITUTOS JURÍDICOS

Conforme mencionado no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro contemplou, desde o início, embora sem positivação – o que ocorreu somente via Sistema de Defesa do Consumidor em 1990 e no Código Civil de 2002 –, a possibilidade de revisão contratual. A seguir, será apresentada a distinção com alguns institutos jurídicos que, à primeira vista, guardam alguma semelhança com a teoria da imprevisão, pois abordam questões relacionadas com aspectos morais, equilíbrio das prestações e o ideário de justiça, contudo não devem ser confundidos, em virtude de portarem diferenças substanciais com a teoria da imprevisão.

8.1 Caso fortuito ou de força maior

O Código Civil abordou o caso fortuito ou de força maior no artigo 393¹⁷⁵. Como se vê, o artigo não estabeleceu diferenças entre o caso fortuito e o de força maior. No entanto, é preciso demonstrar que a doutrina estabeleceu duas teorias, a saber: a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

Na teoria subjetiva, verifica-se, basicamente, que, para a ocorrência do caso fortuito ou de força maior, analisa-se a figura dos sujeitos, isto é, a impossibilidade da previsão de quem age com cautela e diligência. A doutrina costuma distinguir entre o acaso e a força maior; mas os efeitos são os mesmos – em idênticas condições se acha o chamado estado de necessidade. Qualquer que seja o valor da distinção, o certo é que as três figuras se referem a acontecimentos que não podem ser considerados atos ilícitos, ou porque não poderiam ser normalmente previstos ou porque eram inevitáveis¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹⁷⁶ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 98.

Contudo, outra parte da doutrina abraça a concepção objetivista, visto que não é a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito e sim a inevitabilidade¹⁷⁷.

O conceito de caso fortuito evoluiu com o passar dos séculos. Medeiros da Fonseca propõe um conceito único para caso fortuito e o de força maior. Ele abrange todo acontecimento inevitável, necessário, cujos efeitos não seriam possíveis a nenhum homem prudente prevenir ou obstar. Tal é a concepção utilizada também no Código Civil brasileiro. Verificam-se, no fato necessário – diz o Código –, efeitos que não se podem evitar ou impedir¹⁷⁸.

Por outro lado, Silvio Rodrigues aponta que há diferença entre caso fortuito e força maior. Assim, se o fato é irresistível e não emana de culpa do devedor, mas decorre de circunstância ligada a sua pessoa (moléstia) ou sua empresa (defeito oculto), há caso fortuito. Se o fato é externo, como, por exemplo, as ordens da autoridade (*fait du prince*), os fenômenos naturais, as comoções sociais, então estar-se-ia diante da força maior¹⁷⁹.

Na teoria revisionista, não há ausência de participação do obrigado, porque a impossibilidade de executar é resultante de circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenômeno de todo exógeno; e não há diligência frustrada de sua parte em cumprir determinada prestação. Todavia, cumprindo-a e continuando a cumpri-la na forma do ajuste, observa simplesmente que estará arruinando seu patrimônio em favor de um lucro excessivo de seu credor, uma vez que está caracterizado um desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, nunca resultante de um acordo de vontade no ato de contratar¹⁸⁰.

Assim, é possível afirmar que, no caso fortuito ou de força maior, existe a inevitabilidade do acontecimento; na imprevisão, há a imprevisibilidade do evento¹⁸¹.

8.2 Abuso de direito

A incidência do abuso de direito se dá pelo propósito de uma parte deliberadamente prejudicar a outra por meio da extrapolação das finalidades sociais e econômicas da norma.

¹⁷⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936, v.4, p.216.

¹⁷⁸ FONSECA, op. cit., p. 146-147.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 3, p. 285.

¹⁸⁰ SIDOU, op. cit., p. 107.

¹⁸¹ DONNINI, op. cit., p. 55.

Na imprevisão, não há essa finalidade, pois o prejuízo advém de circunstâncias alheias à vontade das partes. A imprevisão é uma realidade totalmente distinta e, portanto, desvincilhada do abuso de direito. Não é possível identificar o abuso de direito com a imprevisão. São dois institutos completamente distintos. A imprevisão é realidade técnica não aderente aos postulados característicos ao exercício de um direito de modo contrário aos princípios ou às cláusulas do ordenamento jurídico. Não querem os contraentes agir em desacordo com a boa-fé, os bons costumes ou a equidade quando ocorrem circunstâncias que alteram a execução do contrato. O abuso, pela definição, pressupõe um uso indevido do direito¹⁸².

8.3 Enriquecimento sem causa

Também não se deve confundir o enriquecimento sem causa com a teoria da imprevisão. Naquela constata-se ausência de fundamentação jurídica na transferência de patrimônio de uma parte para a outra. Na imprevisão, por seu turno, tem-se que uma parte sofre grande prejuízo e a outra se enriquece em virtude de circunstância superveniente¹⁸³.

8.4 Lesão

A teoria da imprevisão tem por objetivo uma lesão diferenciada. Assim, a lesão teria o elemento objetivo e o subjetivo. O primeiro configura-se pela obtenção do lucro patrimonial excessivo. O segundo, por seu turno, consiste no abuso da necessidade ou inexperiência da outra parte – a imprevisão é um tipo de lesão especial, por não se originar no momento da celebração do contrato (gênese contratual) e tampouco do aproveitamento ou vantagem de uma das partes sobre a outra, mas decorrente de evento superveniente à formação do contrato¹⁸⁴.

8.5 Cláusula de escala móvel

Trata-se de disposição contratual pactuada pelas partes que contém um sistema de revisão de pagamentos que serão realizados por meio de algum índice de correção monetária (variação de preço de alguma mercadoria ou índice geral de preços). Essa cláusula proporciona às partes, em ambiente inflacionário, que estabeleçam uma

¹⁸² RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 115.

¹⁸³ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p.202.

¹⁸⁴ DONNINI, op. cit., p. 57

forma de reajustamento do preço em épocas previamente estipuladas. Assim, a principal diferença entre os dois institutos é que, na cláusula de escala móvel, as partes estabelecem, no ato da celebração, a fórmula para a revisão do contrato, ao passo que, na imprevisão, é necessária a intervenção do juiz, por meio de provocação da parte interessada¹⁸⁵.

9 PRINCÍPIOS GERAIS E CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL

9.1 Paradigma liberal

O paradigma liberal imperou, sobretudo, durante a égide do Código Civil de 1916, o qual teve inspiração nos Códigos Oitocentistas, sobretudo no Código Civil Francês de 1804, que é fruto do pensamento individualista da época. Assim, o Código Civil de 1916 tinha o espírito de realizar a vontade das partes, obrigando-as a se manter fiéis à palavra dada.

O Código Civil Francês reflete a vitória da burguesia na Revolução Francesa de 1789, com suas conquistas ideológicas, políticas e econômicas. Ele contempla a repulsa aos privilégios da antiga classe dominante, elevando a aquisição da propriedade como direito da pessoa, contrariamente ao que ocorria no regime dos monarcas absolutistas, quando o indivíduo não tinha possibilidade de ser proprietário. O contrato é o veículo utilizado para se adquirir a propriedade, proporcionando a circulação de riquezas, antes restrita a uma parcela privilegiada da população.

Assim como o Código Civil Francês, o Código Civil Brasileiro de 1916 foi fiel ao liberalismo econômico, pregando que toda e qualquer intervenção no conteúdo do contrato provocam prejuízos ao tráfico comercial e à própria economia.

O paradigma liberal manifestou-se por três princípios, quais sejam: a autonomia da vontade, a força vinculante das convenções (*pacta sunt servanda*) e a relatividade das convenções.

¹⁸⁵ DONNINI, op. cit., p. 54.

9.1.1 Princípio da Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos sujeitos de direito para criarem relações jurídicas, desde que se submetam às regras impostas pela lei. Qualquer pessoa capaz, por meio de sua manifestação de vontade, tendo objeto lícito, está autorizada pela lei a criar vínculos jurídicos.

É importante ressaltar que as partes não ficam adstritas à escolha de contrato típico. O ordenamento jurídico confere liberdade às partes para que possam se utilizar de um contrato atípico, ou, ainda, combinar várias espécies de contrato com vistas à regulação de eventual conflito entre seus interesses¹⁸⁶.

De acordo com o princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a manter vínculos contratuais. Acresça-se, ainda, que qualquer pessoa dotada de capacidade poderá se socorrer de qualquer procedimento lícito para alcançar um efeito jurídico pretendido.

9.1.2 Princípio da Força Vinculante das Convenções

O princípio da força vinculante das convenções consagra a ideia de que observados os requisitos legais, o contrato somente vincula as partes envolvidas. As partes somente poderão se desligar por outra avença, isto é, o contrato será uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante semelhante à lei emanada do Poder Legislativo. Como consequência desse preceito, tem-se a possibilidade de o devedor sofrer execução patrimonial na hipótese de inadimplemento contratual.

De acordo com a concepção clássica do liberalismo dominante do século XIX, o princípio se justifica na medida em que, se as partes alienaram livremente sua liberdade, devem cumprir o prometido, ainda que daí lhes advenha considerável prejuízo.

Assim, considerando os postulados contratuais clássicos, o contrato era, por si só, a fonte de justiça suprema¹⁸⁷. A vontade somente poderá ser originada a partir da

¹⁸⁶ RODRIGUES, Silvio, op. cit., p.16

¹⁸⁷ “É sob a influência da ética kantiana que a expressão autonomia da vontade encontra seu maior significado. Trata-se da ética autônoma fundada por Kant; sua moralidade fundamenta-se na vontade racional pura, destituída de condicionamentos externos. Ela inspira-se na razão e revela o homem considerado como fim em si mesmo e não como um meio. Trata-se de conferir valor e dignidade ao homem, em si próprio, impedindo-o de submeter-se a outras leis, senão aquelas que lhe deem a si mesmo. Tais ideias reveladas pelo ‘personalismo ético’ de Kant, somadas à concepção herdada do jusracionalismo de que o

livre manifestação volitiva do indivíduo. Essa liberdade já é suficiente para legitimar a vinculação ao pacto. O conceito de liberdade é totalmente racional, e o fundamento da obrigatoriedade do contrato é um imperativo categórico, próprio de um dever ético e derivado da autonomia, que não necessita de comprovação ou demonstração empírica (já que construído à luz da razão pura)¹⁸⁸.

Contudo, conforme será visto, o princípio da força vinculante continua previsto no ordenamento, mas sofre mitigações e temperanças pela socialidade, oriunda da função social do contrato, a qual impera no ordenamento jurídico brasileiro.

9.1.3 Princípio da Relatividade das Convenções

Contempla a ideia de que os efeitos propagados do contrato somente se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. É natural que terceiros não possam ficar vinculados a uma relação que não foi imposta pela lei nem derivou da sua vontade.

Contudo, há exceções ao referido princípio, como, por exemplo, a responsabilidade dos herdeiros do contratante (artigo 1792 do Código Civil), bem como a estipulação em favor de terceiro, prevista nos artigos 436 e 438 do Código Civil, o qual estende seus efeitos a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo deveres, apesar de serem alheias à constituição da avença¹⁸⁹. É importante apontar que o princípio da relatividade dos contratos sofre releitura no que concerne a interferência ilegítima – prevalência da boa-fé objetiva da função social do contrato – de terceiros no contrato do qual não são partes¹⁹⁰.

homem é livre, vão caracterizar a soberania à vontade individual. Isto quer dizer que esta é a única fonte de toda a obrigação jurídica, delineando-se, assim, os quadrantes da autonomia da vontade. A partir desta formulação, também ficam esgotadas as possibilidades de injustiça, pois esta se torna impossível de ocorrer, à medida que o homem decide-se por si mesmo. A tal aceção, encontra-se ligada a ideia de que toda a justiça provém do contrato, o que não poderia ser mais adequado à doutrina econômica liberal, pois ‘quem diz contratual, diz justo’. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 392-393).

¹⁸⁸ CORDEIRO. Eros Belin de Moura. **A Revisão dos Contratos na Nova Sistemática Codificada Brasileira e a Constituição do Brasil**, p. 61. Dissertação. Universidade Federal do Paraná, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008531.pdf>>. Acesso em: 18 set. de 2016.

¹⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos – Teoria das Obrigações Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.74.

¹⁹⁰ Teresa Negreiros trata desse assunto de forma muito didática em sua Teoria do Contrato e mostra como o credor pode vir a ser prejudicado por um comportamento de terceiro. Entre esses exemplos, descreve o caso que ficou famoso, pois muito divulgado pela mídia, do cantor Zeca Pagodinho, que, tendo

9.2 Paradigma pós-moderno

O paradigma pós-moderno configura-se pela transformação do direito civil que ocorreu no mundo e aqui, especialmente após a Constituição de 1988. A autonomia privada – princípio fundamental da teoria geral dos contratos – sofre limitações do direito estatal e também dos princípios de direito privado, sobretudo da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico do contrato.

O referido paradigma tem como origens a transferência de modelos europeus trazidos por professores de Direito, cujas teses de doutoramento foram realizadas em países welfaristas da Europa, como, por exemplo, França, Alemanha, Portugal, Espanha e Itália. A referida publicização do Direito Privado ocorreu também pelo projeto político derivado dos Direitos Humanos formado durante o período ditatorial ocorrido no Brasil¹⁹¹, bem como encontra raízes nas doutrinas marxista e social-cristã¹⁹².

Não há dúvidas de que os movimentos sociais ocorridos nos séculos XIX e XX, bem como as mudanças da economia, obrigaram os estudiosos do direito a rever a rigidez dos ordenamentos, isto é, não se pode conceber que a lei permaneça estática e não se acomode diante das mudanças sociais, daí porque a inclusão das chamadas cláusulas gerais para acomodar os interesses da sociedade hipercomplexa com a finalidade de manter a coesão do tecido social.

A boa-fé objetiva, a função social do contrato e a preservação do equilíbrio econômico guardam suporte de validade na própria Constituição Federal, na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático (artigo 1º, inciso III), e no artigo 3º, inciso I, que determina ser objetivo fundamental da República uma sociedade livre, justa e solidária¹⁹³.

sido contratado como “garoto-propaganda” da Nova Schin, celebrou, ao mesmo tempo, contrato com a Ambev para fazer publicidade da marca Brahma, rompendo a exclusividade que tinha com a cervejaria anterior. Em demanda no TJSP, foi decidida a proibição da marca Brahma veicular qualquer campanha publicitária com Zeca Pagodinho enquanto vigorasse a cláusula de exclusividade que havia assinado com a Schincariol. O voto do relator, Desembargador Roberto Mortari, destaca que a conduta da Ambev, ao deixar de observar o pacto de exclusividade contido no contrato, “é potencial apta a gerar dano indenizável”. É o terceiro violando direitos de outro contrato. (LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos Empresariais**. Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23).

¹⁹¹ TIMM, Luciano Benetti. Justiça Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica, op. cit. p.24.

¹⁹² Ibidem. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 844, fev. 2006, p.85-95.

¹⁹³ LOPEZ. Princípios contratuais In: FERNANDES, op. cit., p. 45.

O paradigma pós-moderno do direito civil acentua a existência de uma série de conjuntos de deveres e direitos em relação às pessoas, superando, portanto, a clássica visão de um sistema marcado apenas pelas garantias dos direitos dos indivíduos em oposição a outros indivíduos e ao próprio Estado.

9.2.1 Princípio da boa-fé objetiva

O conceito jurídico de boa-fé objetiva é aberto, contudo não se trata de conceito totalmente vazio, pois há nítida diferença entre o que seja proceder com boa-fé e o não proceder com boa-fé. Em síntese, a boa-fé significa agir com lealdade e correção. Nos institutos possessórios, a boa-fé é relacionada com a intenção do sujeito, de forma que se mantinha uma relação com a pessoa que ignorava um vício relacionado com outra pessoa, negócio ou bem.

Desde os primórdios do direito romano já se desenvolvia a boa-fé voltada à conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais. Com o surgimento do jusnaturalismo, a boa-fé ganhou no direito comparado uma nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes, denominada boa-fé objetiva. Com essa evolução, houve a positivação da boa-fé objetiva no Código Civil Português de 1966, no Código Civil Italiano de 1942, no BGB Alemão e também no Código Civil Brasileiro de 2002¹⁹⁴.

O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres em um ambiente juspositivo, contextualizado em uma realidade histórico-cultural, em uma regra de boa-fé. A observância desses deveres deve ocorrer no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidade contratuais e na fase posterior à extinção das obrigações¹⁹⁵.

Cumpre destacar que a boa-fé objetiva também está associada à exigência de deveres anexos, quais sejam, os deveres de consideração, confiança e cooperação¹⁹⁶.

¹⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 3. São Paulo: Método, 2012, p. 87.

¹⁹⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 632.

¹⁹⁶ “Nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos; o princípio da boa-fé objetiva opera aqui, significativamente como mandamento de consideração. Quando o vínculo se dirige a uma atividade em proveito de terceiro (gestor de negócios, negócios fiduciários), o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário. Nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*), como nas de sociedade, em parte nas de trabalho, e, principalmente na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum.” (SILVA, op. cit., p. 34).

Assim, a inobservância desses deveres laterais da boa-fé objetiva ocasiona a ruptura do contrato, responsabilizando o inadimplente pelas indenizações cabíveis ao caso em espécie.

A ruptura da boa-fé objetiva nas relações contratuais foi destacada por meio do Enunciado n.º 24 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil do ano de 2002: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Cumpré ainda mencionar que a boa-fé objetiva se estende da fase pré-contratual à pós-contratual, conforme ficou assentado pelo enunciado n.º 170 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “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”.

Por fim, cabe pontuar que a boa-fé objetiva tem função de interpretação do negócio jurídico (artigo 113 do Código Civil)¹⁹⁷, função de controle, segundo a qual aquele que viola a boa-fé objetiva comete abuso de direito, de acordo com o artigo 187¹⁹⁸ e a função de integração do contrato conforme previsão do artigo 422 do Código Civil¹⁹⁹.

9.2.2 Princípio do equilíbrio do contrato

A possibilidade de se revisar o contrato por fato superveniente que afete o equilíbrio encontra sua fundamentação no princípio de justiça contratual, o qual se amolda ao conceito de ordem pública. Em verdade, o princípio do equilíbrio econômico do contrato é corolário de outros dois princípios, quais sejam, o da boa-fé objetiva e o da função social do contrato²⁰⁰.

¹⁹⁷ Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁹⁸ Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁹⁹ Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁰⁰ “O contrato justo (que tem prestações equivalentes) é aquele no qual há respeito, cooperação e lealdade mútuos, isto significando que não haverá vantagens de um lado somente, pois é da essência do contrato bilateral comutativo ou sinalagmático que a prestação e a contraprestação sejam equivalentes (...). (LOPEZ, op.cit. In: FERNANDES (coord.), op. cit., p. 26)

O contrato, por certo, deve privilegiar o equilíbrio das prestações com vistas ao cumprimento de sua função social. A inobservância do equilíbrio contratual repercutirá em demandas que objetivam a revisão dos contratos, o que gera também insegurança jurídica aos agentes econômicos.

A quebra do sinalagma pode ocorrer de duas formas: a) quando, por ocasião da declaração de vontade, uma das partes assume uma prestação desproporcional ao valor da prestação oposta. É a hipótese da lesão prevista no artigo 157 do Código Civil²⁰¹ e também do estado de perigo previsto no artigo 156 do Código Civil²⁰²; b) por fatores supervenientes que venham a alterar a própria economia da execução do contrato (alteração do sinalagma funcional). Nesta hipótese, o Código Civil dispõe de mecanismo que assegure o valor real das prestações no artigo 317²⁰³: “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Na mesma esteira, o artigo 478 e seguintes do Código Civil preveem a resolução do contrato de execução continuada ou trato sucessivo em virtude de onerosidade excessiva. A resolução poderá ser evitada nos moldes do artigo 479 do Código Civil, oferecendo-se ao réu a modificação equitativa do contrato.

Todavia, o que se observa é que as regras sobre resolução do contrato não acompanharam a principiologia do Código Civil referente à conservação dos negócios jurídicos, prevista no artigo 170, que é um desdobramento da própria função social dos contratos. Para auxiliar na interpretação das normas sobre a resolução por onerosidade excessiva, foi editado o Enunciado n.º 176 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o qual preleciona: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o artigo 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

²⁰¹ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

²⁰² Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

²⁰³ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

9.2.3 Função social do contrato

Não há dúvidas de que a função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil²⁰⁴ constitui a excelência da socialidade no direito privado, a qual possui cidadania constitucional no princípio da solidariedade social prevista no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal.

A função social indica uma direção a seguir nas relações jurídicas, isto é, a prevalência das diretrizes da socialidade em detrimento ao extremo individualismo característico das codificações oitocentistas²⁰⁵.

O contrato não pode ser concebido como uma relação que só interessa no universo dos contratantes. O contrato – considerando o princípio da socialidade – não está imune às condicionantes da sociedade de que fazem parte os contratantes.

A função social permeia todos os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas indeterminadas²⁰⁶.

Assim, a função social do contrato estabelece limites ao princípio da autonomia da vontade, de modo que sua aplicabilidade é exatamente coibir toda e qualquer forma de abuso de direito.

A autonomia privada continua sendo o mais importante pilar do direito contratual, pois é por meio dela que se proporciona a criação dos negócios jurídicos e a própria circulação de bens e riquezas essenciais para uma economia de mercado.

A livre iniciativa também é princípio constitucional, e a função social lhe imprime a socialidade com vistas à sua harmonização. Neste diapasão, é o Enunciado n.º 23 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da

²⁰⁴ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁰⁵ Martins-Costa destaca que a expressão “em razão da função social” indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si; outra transubjetiva, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual. (MARTINS COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, vol. 1. Rio de Janeiro: FGV, maio 2005, p. 50).

²⁰⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, abr. 1998, p. 116.

autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

10 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

10.1 Código Civil

A teoria da imprevisão se consubstancia como meio de evitar a iniquidade temida, sem quebra dos princípios tradicionais. É norma absolutamente excepcional, que somente estaria destinada a operar em benefício do devedor e quando ocorressem três elementos: a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da execução do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista²⁰⁷.

A onerosidade excessiva da prestação é apenas obstáculo ao cumprimento da obrigação. Conforme visto, não se trata, portanto, de inexecução por impossibilidade, mas de extrema dificuldade. Para a resolução do contrato, é preciso, em primeiro lugar, que seja excessiva a diferença de valor do objeto da prestação entre o momento de sua perfeição e o da execução. A onerosidade há de ser objetivamente excessiva, isto é, a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição. Não basta, porém, que a prestação se tenha agravado exageradamente. Preciso é que a onerosidade tenha sido determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis²⁰⁸.

Na teoria da imprevisão, o juiz deve restabelecer o equilíbrio de um contrato em que as condições de execução tenham sido modificadas em detrimento de uma das partes em seguida a acontecimentos razoavelmente imprevisíveis no momento da conclusão da convenção²⁰⁹.

O Código Civil regula a alteração contratual resultante de fatos supervenientes (artigos 317 e 478 a 480). Em conformidade com as orientações doutrinárias acima referenciadas, bem como com o disposto no Código Civil, para a

²⁰⁷ FONSECA, op. cit., p. 244.

²⁰⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 179.

²⁰⁹ KLANG, Marcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 18.

aplicação da teoria da imprevisão, deve-se ater aos seguintes requisitos: (i) – a prestação deve tornar-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra parte; (ii) – em virtude de fatos supervenientes, e (iii) – tais fatos devem ser extraordinários e imprevisíveis.

No Código Civil, destacam-se dois artigos que corporificam a teoria da imprevisão: a) artigo 317, o qual se funda em motivos imprevisíveis; e b) artigo 478, o qual menciona acontecimentos extraordinários e imprevisíveis²¹⁰.

A redação do artigo 478 não menciona a existência de risco²¹¹, isto é, a teoria da imprevisão deve ser aplicada mediante a ocorrência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários e se a prestação se tornar excessivamente onerosa, com prejuízo para uma das partes.

Postas tais considerações introdutórias, serão analisados os requisitos previstos no Código Civil para a revisão dos contratos.

10.2 Existência de um contrato de trato sucessivo ou de execução diferida

Trata-se do primeiro grande requisito para a aplicação da teoria da imprevisão. Isso porque a teoria da imprevisão se fundamenta em motivos posteriores à contratação. De forma lógica, deverá o contrato perdurar no tempo, pois o fato que o desequilibra é superveniente à sua gênese²¹².

Na hipótese de ocorrência da quebra do sinalagma contratual já no início do contrato, cabe pontuar que a revisão judicial do pacto deverá se realizar não com fundamento na teoria da imprevisão, mas sim com lastro na lesão ou na existência de cláusulas abusivas.

²¹⁰ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

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.

²¹¹ Cabe destacar o arquivado, Projeto de Lei n.º 6.960 de 12 de junho de 2002, de autoria do então Deputado Ricardo Fiúza, segundo o qual o artigo 478 passaria a ter a seguinte redação: “acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato”. O projeto foi arquivado pela Mesa da Câmara dos Deputados em 31/01/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 11 jul. 2015.

²¹² DONNINI, op. cit. p. 62.

Assim, na ocorrência de fato superveniente que rompa o sinalagma de contrato de trato sucessivo, poderá a parte prejudicada se valer da revisão contratual, utilizando como fundamento a teoria da imprevisão.

10.3 Ocorrência de fato imprevisível e extraordinário

A doutrina faz uma diferenciação entre fato imprevisto e imprevisível, ou seja, considera-se imprevisto tudo aquilo que poderia ser identificado, mas não foi em razão de circunstâncias desconhecidas, de forma que o fato imprevisto estaria dentro, portanto, do campo da normalidade das previsões. De outro lado, o fato imprevisível é aquele que não teve possibilidade normal de previsão.

O fato imprevisto se insere no plano dos acontecimentos normais, os quais são ínsitos no cotidiano. O fato imprevisível é aquele que se encontra no rol dos eventos passíveis de ocorrer, contudo não se encontram no conjunto dos acontecimentos do dia a dia²¹³. O imprevisível é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, concretamente considerados (v. g., avaliando-se a qualidade das partes, a sua característica profissional, a natureza do negócio, as circunstâncias específicas do caso e o que a experiência indica ser o habitual) de acordo com a sua justa expectativa no momento da conclusão do ajuste, a ser objetivamente avaliada segundo os cânones fundamentais dos artigos 112 e 113 do Código Civil²¹⁴.

Embora a lei preceitue a necessidade da imprevisibilidade para a ocorrência da onerosidade excessiva, há o entendimento de que bastaria a ocorrência de um evento imprevisto para a aplicação da teoria da imprevisão. O seguinte exemplo justifica o entendimento exposto: se as partes celebram determinada avença e, no curso de sua execução, há uma inesperada elevação dos preços de importante insumo, seja por interferência estatal, seja por outra motivação capaz de causar excessiva onerosidade para uma das partes, pode-se afirmar que houve a assunção de episódio imprevisto, mas não imprevisível ou extraordinário.

Diante de tal circunstância, a pedido da parte prejudicada, o Poder Judiciário poderia intervir no contrato com vistas a modificar a cláusula que estabelecesse prestações desproporcionais, ou causasse excessiva onerosidade a qualquer das partes.

²¹³ BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002 p. 309.

²¹⁴ MARTINS-COSTA; TEIXEIRA (orgs.), op. cit., p. 309.

Essa situação se afigura razoável nos casos dos planos econômicos e dos surtos inflacionários, muito comuns no Brasil. Contudo, nem sempre foi essa a posição dos tribunais brasileiros. A proporção de acórdãos favoráveis à não revisão em razão de fenômenos inflacionários se manteve estável, mesmo nos anos em que se atingiram alguns dos maiores índices de desvalorização monetária do País (1983-1994) ²¹⁵.

Entretanto, a tendência da não admissibilidade em contratos desequilibrados pela inflação foi quebrada em razão da orientação jurisprudencial no sentido de que, embora o fenômeno inflacionário pudesse ser previsível como fator da economia, é imprevisível em relação a seus desdobramentos²¹⁶. A teoria da imprevisão deve ser aplicada para os fatos previsíveis, contudo com desdobramentos imprevisíveis. Esse posicionamento foi refletido por ocasião da edição do Enunciado 175 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.

10.4 Onerosidade excessiva para uma das partes

A onerosidade excessiva causa o desequilíbrio para uma das partes contratantes, o que gera, por certo, grave afronta ao princípio da equivalência material das prestações. Trata-se, portanto, de um gravame na prestação do objeto contratual, o qual vai muito além do que seria razoável exigir da parte em razão da assunção do evento superveniente e imprevisível (ou previsível de consequências imprevisíveis) e, obviamente, a parte jamais poderia imaginar tal ocorrência quando da celebração do contrato.

Com efeito, a onerosidade excessiva é essencial quando a execução do contrato possa levar à ruína a parte prejudicada, ou onerá-la demasiadamente para o cumprimento do contrato.

Em verdade, a onerosidade excessiva pode se relacionar tanto com o descompasso entre prestação e contraprestação, de acordo com o preceituado no artigo 478 do Código Civil, quanto com a denominada “desproporção manifesta” entre o valor

²¹⁵ MORAES, op. cit. p.188. Segundo esse autor, houve, nesse período, 12 acórdãos determinando a revisão dos contratos, enquanto 20 não admitiam a inflação como fator imprevisível.

²¹⁶ Cf. Revista dos Tribunais, 686/128, 705/193 e 701/108.

da prestação fixado por ocasião da celebração do contrato e o valor dessa mesma prestação quando do momento do pagamento ou adimplemento, de acordo com o artigo 317.

Não se vislumbram diferenças entre o conceito de onerosidade excessiva (artigo 478 do Código Civil) e desproporção manifesta (artigo 317), pois os dois artigos lidam com a relação de equivalência material do contrato. No entanto, uma importante questão remanesce: como interpretar e relacionar os artigos 317 e 478?

O artigo 478 diz respeito aos contratos de execução continuada ou diferida e atende a um vínculo jurídico que se propaga no tempo, sendo, portanto, sensível a variações quando a manutenção do vínculo sem a devida correção se torne excessivamente onerosa. Por outro lado, o artigo 317 regula a prestação, de modo que a principal preocupação para sua aplicação diz respeito à posição do credor, no que concerne aos nefastos efeitos inflacionários sobre a prestação, daí porque permite que o juiz a corrija para assegurar o valor real da prestação.

Não existe contradição entre os preceitos contidos nos dois artigos (478 e 317). Os “motivos imprevisíveis” são os “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” do art. 478. O art. 317 não os qualifica como extraordinários, pois tal qualificação está implícita na imprevisibilidade – é por serem extraordinários que os acontecimentos são imprevisíveis. A diferença entre os dois dispositivos reside exatamente na consequência, pois o artigo 317 só prevê a revisão para corrigir monetariamente o valor da prestação. O art. 478, por outro lado, prevê a revisão ou a resolução do contrato²¹⁷. Portanto, as diferenças entre os dois artigos residem apenas na consequência do rompimento da equivalência material do contrato.

O artigo 478 do Código Civil não adotou técnica esdrúxula a exigir a concomitância da “prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa” e a “extrema vantagem para a outra”, criando pressupostos que acabam por reduzir a incidência da alteração das circunstâncias de fato²¹⁸.

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**, p. 18-19. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-Alteracao-das-circunstancias-e-justica-contratual-no-novo-codigo-civil.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2015.

²¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p.147. No mesmo sentido são as ponderações de Rui Rosado de Aguiar: “É possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir a onerosidade excessiva que justifica a extinção ou modificação do contrato por iniciativa do devedor”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Código Civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, p. 28, maio de 2000)

A exigência do lucro exagerado, todavia, não é ponto pacífico nos Tribunais. Sobre esse aspecto em particular, destaque-se precedente em que o lucro injusto não é essencial, pois as vantagens do credor podem permanecer as mesmas²¹⁹.

A doutrina – no nosso entender, de forma correta –, ao analisar o requisito da extrema vantagem, classifica-a como um elemento acidental, visto que nem sempre a ocorrência de onerosidade excessiva para o contratante prejudicado virá acompanhado da vantagem extrema para a contraparte. A extrema vantagem deve ser admitida como um elemento acidental da alteração da circunstância de fato, que, embora não ocorrendo, jamais poderia obviar seu uso para rever contratos com excessiva onerosidade²²⁰.

O referido posicionamento está consolidado no Enunciado n.º 365 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

10.5 Ausência de estado moratório de quem alega onerosidade

Apesar da inexistência de previsão expressa no artigo 478 do Código Civil, a ausência do estado moratório também é considerada requisito para a aplicação da teoria da imprevisão. Há, aqui, o evidente propósito de se homenagear o próprio princípio da boa-fé objetiva e evitar a prática do ato ilícito, o que não condiz com a ordem jurídica²²¹. No mesmo sentido está a disposição do art. 400 do Código Civil, que impõe ao credor moroso o risco de receber a coisa pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

²¹⁹ “Nem todos os tribunais exigem o lucro exorbitante com a outra face da moeda da onerosidade excessiva para o devedor. O Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 1945, decidiu que o lucro injusto para o credor, ‘ainda que sirva de reforço, e grande, ao conceito em causa – o de onerosidade excessiva – não lhe é essencial, pois as vantagens do credor podem permanecer as mesmas, sem impedir que a obrigação do devedor se torne excessivamente onerosa.’ (MORAES, op. cit., p. 197).

²²⁰ CUNHA, op. cit., p. 217.

²²¹ O Código Civil Português (Decreto-Lei n.º 47.344 de 25/11/1966) contempla expressamente a necessidade de ausência de estado moratório: ARTIGO 438º (mora da parte lesada). A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

De fato, o pedido de revisão ou resolução contratual, quando a parte já se encontra em mora, seria contrário à boa-fé objetiva, que proíbe o *venire contra factum proprium*²²².

Sob o prisma da justiça contratual, por certo, não seria justo que o contratante em situação de mora injustificada²²³ pudesse se servir da teoria da imprevisão para revisar ou resolver o contrato. Outra questão relevante é aquela situação em que a parte não se encontra em mora em virtude da ocorrência do evento gravoso, mas decide, por sua vontade, interromper o cumprimento da prestação ou abster-se da prestação em virtude da excessiva onerosidade. A indagação que faz é: pode a parte abster-se do cumprimento da prestação em razão da superveniência da onerosidade excessiva, sem a configuração de inadimplemento culposos?

Entende-se, pois, que a parte prejudicada não pode se eximir do cumprimento da prestação que se tornou demasiadamente onerosa. Assim, é preciso que a parte que sofreu o desequilíbrio notifique imediatamente a contraparte, cientificando-a sobre a dificuldade de cumprimento da obrigação e, ato contínuo, ajuíze a ação revisional.

²²² DIAS, Lucia Ancona Lopez. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro In: FERNANDES Wanderley (coord.), op. cit., p.360.

²²³ Cf. também AZEVEDO, A. J. Relatório Brasileiro sobre Revisão Contratual, p. 191.

11 PRINCÍPIOS GERAIS E CONTRATUAIS NO SISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Sistema de Defesa do Consumidor traz normas de ordem econômica e interesse social, além de destacar sua origem constitucional para a tutela do consumidor hipossuficiente²²⁴.

Conforme explicitado, o direito civil brasileiro permaneceu durante muitos anos adstrito aos antigos dogmas da teoria clássica dos contratos²²⁵ de índole formalista e positivista. Era impossível para os estudiosos do direito, no Brasil, desenvolver a boa-fé, que aparecia de forma tímida no Código Civil de 1916 e explicitamente no revogado Código Comercial em seu artigo 185²²⁶.

Na década de 1970, o projeto do Código Civil, que foi promulgado em 2002, optou por explicitar o princípio da boa-fé objetiva, a função social dos contratos, o combate ao abuso de direito e a onerosidade excessiva. Foram introduzidas normas de controle nas relações contratuais massificadas (contratos de adesão), normas de responsabilidade objetiva, enfim, normas com forte conteúdo solidarista e intervencionista²²⁷.

O Sistema de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/90) foi promulgado muito antes do atual Código Civil (2002), contudo já incorporara as influências das modernas legislações consumeristas (Itália, França, Alemanha, Bélgica, México e Estados Unidos) e apresenta-se sintonizado com os anseios da sociedade hipercomplexa do século XXI.

²²⁴MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (orgs.). **Manual do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 54.

²²⁵ A ciência e a técnica jurídicas, através da criação legislativa, da doutrina e até da jurisprudência, foram elaborando e desenvolvendo fórmulas e esquemas de sequência abstrativante, que cristalizam em princípios e conceitos a projeção do processo de produção e circulação, adequado à subsistência do sistema. A resultante normativa e doutrinária não aparece já com as vestes restritas das fontes sócio-econômicas inspiradoras, mas sim englobando genericamente todas as situações enquadráveis por assimilação abstracta. Propriedade e proprietário, coisas móveis e imóveis, declarante e declaratório, comprador e vendedor, constituem conceitos e centros de imputação jurídica cuja aplicação se torna universal, independentemente das pessoas concretas e da participação específica no circuito econômico. É assim que a função 'consumo' e a categoria 'consumidor' não aparecem como tal reconhecidas pelas ordens jurídicas clássicas, dissolvidas que ficam as suas particularidades em construções, que se moldaram embora sobre a realidade da produção e da circulação de bens. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 12)

²²⁶ AGUIAR Jr. Ruy Rosado de. A boa fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 14, 1995, p. 20 e ss.

²²⁷MARQUES, **Manual do Direito do Consumidor**, p. 57.

Abarcou as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato, da solidariedade e da vulnerabilidade, dentre outras.

O Sistema de Defesa do Consumidor apresenta-se atualizado para o século XXI. Adaptou conceitos indeterminados, incluiu normas narrativas e cláusulas gerais e, assim, permitiu um desenvolvimento jurídico original do direito privado brasileiro. A Lei n.º 8078/1990, que entrou em vigor em 11 de março de 1991, representa um dos esforços comparatistas de maior sucesso, tornando-se modelo para a América Latina²²⁸.

A influência que o Sistema de Defesa do Consumidor exerceu no Direito Privado Brasileiro é marcante, pois introduziu no sistema jurídico avançada técnica legislativa baseada nas cláusulas gerais e nos princípios.

No Sistema de Defesa do Consumidor, os princípios estão referidos no artigo 4º, não especificamente dos contratos, mas do sistema nacional das relações de consumo. Constata-se, ainda, que há certa imprecisão entre os que denominam princípios e as diretrizes gerais do artigo. Dessa forma, as expressões podem ser assim classificadas²²⁹:

- a) “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica” (artigo 4º, inciso III): princípio da função social;
- b) “transparência”, “boa-fé”, “informação”: princípio da boa fé;
- c) “vulnerabilidade”, “harmonização dos interesses”, “equilíbrio nas relações”: princípio da equivalência material.

O Sistema de Defesa do Consumidor foi a lei mais revolucionária do século XX. Revolucionária pelas profundas inovações que introduziu no ordenamento jurídico. Embora destinada às relações de consumo, essas inovações acabaram por influenciar todo o sistema jurídico brasileiro, de forma que a doutrina e a jurisprudência mudaram profundamente após sua vigência.

O Sistema de Defesa do Consumidor tornou-se uma espécie de lente pela qual se passaram a ler todo o sistema obrigacional, contratos e institutos que geram relações de consumo²³⁰.

²²⁸MARQUES, **Manual do Direito do Consumidor**, p. 59.

²²⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios Sociais nos contratos no CDC e no CC**. Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos, vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.832-833.

²³⁰CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

O projeto do Código Civil de 2002 se abeberou da tábua axiológica prevista na própria Constituição Federal e no Sistema de Defesa do Consumidor no que tange à sua função social. Assim, pode-se dizer que os princípios sociais se aproximam nos dois códigos. Há uma tendência de desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns regidos pelo Código Civil e dos contratos de consumo, ao menos no que se refere a seus princípios e fundamentos básicos.

11.1 Princípio da boa-fé

Importante pilar de todo o Direito Privado, o princípio da boa-fé é o mesmo contemplado no artigo 422 do Código Civil, isto é, trata-se da boa-fé objetiva, a qual deve permear, em todas as relações jurídicas, o comportamento de lealdade de respeito com o outro sujeito, impondo um dever de correção e fidelidade, bem como o respeito às expectativas legítimas.

A boa-fé objetiva não se configura como princípio dedutivo, pois se constitui em medida e parâmetro da norma de decisão para aplicação no caso concreto, que será preenchida com a mediação do intérprete julgador.

O Código Civil (artigo 422) refere-se a ambos os contratantes do contrato comum ou mercantil, não podendo o referido princípio ser aplicado apenas ao devedor. Por outro lado, nas relações consumeristas, não obstante o artigo 4º, inciso III, cuidar de aplicá-lo a consumidores e fornecedores, é a estes que se impõe, principalmente em razão da vulnerabilidade dos consumidores.

A boa-fé objetiva não é apenas aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração ou após a extinção dos contratos. O Sistema de Defesa do Consumidor avançou mais nessa questão ao incluir na oferta toda a informação ou publicidade suficientemente precisas (artigo 30), ao impor o dever ao fornecedor de assegurar ao consumidor a cognoscibilidade e a compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (artigo 46), ao tornar vinculantes os escritos, os recibos e os pré-contratos (artigo 48) e ao exigir continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto (artigo 32 do CDC).²³¹

²³¹ LÔBO, op. cit., p. 837.

O legislador fixou a boa-fé objetiva do Sistema de Defesa do Consumidor como cláusula geral de abertura, que autoriza ao aplicador ou intérprete o teste de compatibilidade das cláusulas ou condições gerais dos contratos de consumo. No inciso IV do art. 51, a boa-fé, contudo, está associada ou alternada à equidade, que deve merecer consideração.

No que concerne aos princípios do contrato, a equidade não se considera como critério de integração, tanto para a boa-fé quanto para a equivalência material. O juízo de equidade busca as aspirações do legislador, porém deve estar limitado aos limites do conflito determinado na busca do equilíbrio dos poderes contratuais.

A equidade deve ser entendida no sentido aristotélico da justiça do caso concreto, de forma que o juiz deve partir de critérios definidos e referenciáveis em abstrato, não podendo substituir por juízos subjetivos de valor²³². Esse é o verdadeiro sentido da equidade, caso contrário a prestação jurisdicional não atingiria a sua finalidade de pacificação social, causando, por certo, distorções ao julgar os casos envolvendo relações de consumo.

11.2 Princípio do equilíbrio

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor ou prestador de serviços traz à tona a necessidade de se promover mecanismos que proporcionem o reequilíbrio de seus direitos por meio da tutela jurisdicional em favor do vulnerável.

O princípio do equilíbrio pode ser visto por duas diferentes acepções. O primeiro sentido nos remete a um caráter eminentemente descritivo, isto é, o ordenamento consumerista deve ser explicado à luz da proteção do consumidor. O segundo sentido compreende o normativo, estabelecendo a conduta que deve ser seguida pelas partes no direito dos contratos²³³.

Dessa forma, é possível identificar, dentre os efeitos básicos do princípio do equilíbrio, a proteção do consumidor em razão da sua vulnerabilidade e proteção do equilíbrio econômico do contrato. A proteção do consumidor se funda na limitação de

²³² *Idem*

²³³ MIRAGEM, op. cit., p. 74

atuação do fornecedor por conta de sua posição de dominância, de forma que o consumidor tem proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, bem como contra métodos comerciais agressivos. Há, ainda, a proteção em face de cláusulas abusivas que coloquem o consumidor em posição de desvantagem (artigo 51, inciso IV) e a responsabilidade civil objetiva do fornecedor²³⁴.

O referido princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade dos direitos e obrigações, seja para a correção de desequilíbrios supervenientes, de forma que é irrelevante se as mudanças de circunstâncias eram previsíveis ou não.

A execução do contrato de consumo não pode ser cega a ponto de proporcionar desequilíbrio para uma parte e vantagens excessivas para a outra, aferível objetivamente de acordo com as regras de experiência ordinária. Assim, o princípio do *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites dos direitos e deveres entre elas²³⁵.

O artigo 6º, inciso V, prevê como direito do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O Sistema de Defesa do Consumidor supera a tradicional visão do direito civil, que autoriza a revisão dos contratos apenas na hipótese de imprevisão (quando em face de fatos supervenientes e imprevisíveis, como refere o artigo 317 do CC). Consagra ampla possibilidade de revisão contratual quando esteja comprometido o equilíbrio econômico do contrato, esteja o desequilíbrio presente no momento da celebração do contrato ou em momento posterior. No caso, preserva-se na hipótese a justiça contratual, superando a exigência do requisito subjetivo (a imprevisibilidade), uma vez que busca tutelar exclusivamente a proteção do sinalagma (equilíbrio entre as prestações)²³⁶.

11.3 Princípio da intervenção do Estado

O princípio da intervenção do Estado resulta da própria Constituição Federal, na medida em que prescreve a atuação do Estado em defesa do consumidor.

²³⁴ MIRAGEM, op.cit., p. 75

²³⁵ LÔBO, op. cit., p. 835.

²³⁶ MIRAGEM, op.cit., p. 76.

A promulgação da Lei n.º 8078/90 nos remete a uma posição de protagonismo estatal na defesa dos direitos do consumidor, vez que o código consumerista prescreve uma série de direitos subjetivos aos consumidores e a obrigação de os fornecedores e prestadores de serviço respeitar e realizar esses direitos²³⁷.

O papel do Estado Brasileiro em promover a defesa dos direitos do consumidor encontra-se em consonância com o protagonismo exigido pela nova realidade social em recompor os interesses da sociedade hipercomplexa.

Os artigos 4º e 5º do Sistema de Defesa do Consumidor garantem uma série de ações governamentais, como a criação de associações representativas dos direitos do consumidor, a presença do Estado no mercado de consumo e a garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança e desempenho.

O artigo 5º determina criação de estruturas judiciárias específicas, como manutenção de assistência jurídica integral para o consumidor carente, juizados especiais, varas especializadas, além de promotorias e delegacias especializadas na defesa do consumidor.

O princípio da intervenção do Estado se apresenta, ainda, nos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/11), com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

11.4 Princípio da harmonia nas relações de consumo

A noção de harmonia depreende-se da própria boa-fé de que os interesses dos sujeitos não são contrapostos, mas complementares, com vistas à satisfação da obrigação. Verifica-se que a harmonia preconizada no Sistema de Defesa do Consumidor compreende a igualdade substancial das partes com o objetivo de assegurar a proteção do consumidor de boa-fé. “O CDC protege o consumidor de boa-fé, não aquele que se oculta por trás de suas normas para a obtenção de vantagens indevidas²³⁸”.

Conforme será visto, não se deve considerar o Código Civil e o Sistema de Defesa do Consumidor como dois diplomas contrastantes. Um complementa o outro, vez

²³⁷ MIRAGEM, op. cit., p. 76.

²³⁸ MIRAGEM, op. cit., p. 79.

que o Código Civil regula as relações paritárias, isto é, relações entre iguais. Por outro lado, o Sistema de Defesa do Consumidor visa a tutela dos desiguais, isto é, regula as relações entre o fornecedor e/ou prestador de serviço e o consumidor, sendo que este último merece especial proteção, considerando-se a sua hipossuficiência. Assim, nos casos de revisão dos contratos de em razão de superveniente desequilíbrio econômico no sinalagma, conforme será visto, os requisitos são mais flexíveis que aqueles previstos no Código Civil.

12 DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR

No sistema constitucional brasileiro, a defesa dos direitos do consumidor possui previsão expressa no artigo 5º, inciso XXXII, e no artigo 170, inciso V. Também o artigo 48 – dos atos das disposições constitucionais transitórias – dispõe sobre a necessidade de criação de um código específico, o que efetivamente ocorreu com a prolação da lei n.º 8.078/90.

A definição de consumidor não está apenas em um único dispositivo, mas em quatro artigos diferentes²³⁹, e não aparece somente sob a ótica individual, mas também sob a ótica transindividual ou de grupo²⁴⁰. É preciso lembrar que o Sistema de Defesa do Consumidor não estabelece o que é relação de consumo, ela vai depender de quem são seus sujeitos de direito²⁴¹.

De acordo com a acepção econômica do termo, consumidor é toda a pessoa que pratica ato na última etapa do processo econômico²⁴². Sob a ótica da sociologia, é possível definir consumidor como qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, pertencente a uma determinada categoria ou classe social²⁴³, ou seja, o consumo cria, de certa forma, métodos de divisão de classes sociais, seja pela qualidade dos bens consumidos ou serviços fruídos pelos consumidores, seja pelos fluxos migratórios de consumidores que eventualmente ascendem socialmente ou regridam para nichos de consumo mais modestos.

Do ponto de vista da psicologia, consumidor é o sujeito que permite estudar as razões que levam as pessoas a consumir. Tais definições auxiliam os detentores dos meios de produção a aprimorar os métodos produtivos para aperfeiçoar o atingimento do público-alvo de seus produtos ou serviços²⁴⁴.

²³⁹ Artigos 2º (*caput* e parágrafo único), 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁴⁰ MARQUES. **Manual do Direito do Consumidor**, p. 88.

²⁴¹ Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único: equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

²⁴² DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 112.

²⁴³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 24.

²⁴⁴ FILOMENO, op. cit., p. 24.

A conceituação jurídica de consumidor implica, necessariamente, a observação sob dois vieses: subjetivo e objetivo. O conceito objetivo apenas leva em consideração a retirada do bem ou serviço do mercado pelo agente econômico, sendo indiferente quem adquire o produto ou quem se utiliza do serviço: permite incluir, no campo das preocupações do direito do consumo, os profissionais, os industriais, os comerciantes, ou prestadores de serviços, que adquirem, para as necessidades de suas empresas, bens de capital e até mesmo de investimento²⁴⁵.

O conceito subjetivo, que é adotado pela maioria dos países europeus²⁴⁶, destaca a não qualidade de profissional do consumidor, com vistas a enfatizar a sua vulnerabilidade e sua hipossuficiência no contexto de todo o ciclo econômico.

Conforme exposto, uma dificuldade que se revela nos ordenamentos que adotam o conceito subjetivo e inserem a proteção consumerista somente para as pessoas naturais nada diz sobre a tutela das pequenas empresas. Que critérios, então, deveriam ser utilizados para se definir quais empresas seriam merecedoras da tutela consumerista?

Foram discutidos vários parâmetros, como número de empregados e quantidade de ativos. As pequenas empresas, bem como as pessoas naturais, estão na mesma posição de consumidores, pois não têm conhecimento de uma série de questões. A questão que ora se coloca é da possibilidade de se estender a proteção consumerista às pequenas empresas. A dificuldade dos legisladores é de delimitar a fronteira entre a grande e a pequena empresa²⁴⁷.

Embora o ordenamento brasileiro haja adotado um critério misto, isto é, haja incluído também pessoas jurídicas, não tem aquela rigidez do critério objetivo. No Sistema de Defesa do Consumidor, consumidor é aquele que contrata com o fornecedor ou prestador de serviço como “*destinatário final*”. Cumpre destacar que o Sistema de Defesa do Consumidor não define “*destinatário final*”, de forma que a doutrina desenvolveu algumas teorias para se interpretar o referido conceito.

²⁴⁵ DE LUCCA, op. cit., p. 112.

²⁴⁶ Artigo 2º - Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios. (LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE PORTUGAL, 29/1981). Neste sentido, conferir o artigo 2º da Diretiva 93/13, a qual define consumidor como “*toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.*”

²⁴⁷ HONDIUS, Ewoud. The Notion of Consumer: European Union versus Member States. **Law Review**, Sidney, v. 28, p. 95-96. Disponível em: <http://sydney.edu.au/law/slr/slr28_1/Hondius.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

12.1 Teoria finalista

Em consonância com tal teoria, consumidor é a pessoa que retira o bem ou serviço do mercado e efetivamente o utiliza para fins pessoais. Assim, mesmo que a pessoa que retirou do mercado o bem ou o serviço seja pessoa jurídica, é preciso que seja destinatário fático e econômico do bem.

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica, seja física. De acordo com essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo custo incorpora no preço final do profissional que o adquiriu²⁴⁸.

Assim, para os adeptos da teoria finalista, a justificativa de se atribuir ao consumidor o destinatário fático e econômico do bem é a própria vulnerabilidade e hipossuficiência, ou seja, o elo mais fraco da cadeia de consumo. Ampliar a conceituação de consumidor seria uma forma de subverter a lógica do sistema de proteção e defesa do consumidor²⁴⁹. Note-se, ainda, que os finalistas adotaram alguma mitigação na teoria inicial, a qual foi fortemente influenciada pelas doutrinas francesa e belga. Esse posicionamento mais brando, levando-se em consideração uma interpretação teleológica, reconhece a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou um profissional que adquiriu um produto fora de seu campo de especialidade²⁵⁰.

Há um crescimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na ideia de consumidor final imediato e vulnerabilidade, noção esta denominada por Cláudia Lima Marques de finalismo aprofundado. Assim, em casos mais complexos que envolvam

²⁴⁸ MARQUES. **Manual do Direito do Consumidor**, p. 90.

²⁴⁹ Nesse sentido, cf. Antonio Herman V. Benjamin: “(...) a amplitude de uma definição de consumidor que inclua a pessoa jurídica entre seus tutelados – e sem qualquer ressalva – pode-se transformar em óbice ao desenvolvimento do direito do consumidor na medida em que tal conceito jurídico de consumidor quase que chega a se confundir com seu similar econômico (excluindo-se deste último, evidentemente, o consumidor intermediário). Em outras palavras: se todos somos consumidores (no sentido jurídico), inclusive as empresas produtoras, por que, então, tutelar-se de modo especial o consumidor? Também tem sido apontado na doutrina majoritária estrangeira que tão amplo conceito, de certo modo, desvia a finalidade do direito do consumidor, que é proteger a parte mais fraca e inexperiente da relação de consumo”. (BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 628, p. 78, fev. 1988).

²⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 142.

empresas que utilizam insumos para sua produção, mas não em sua área de expertise, ou com utilização mista, principalmente na área de serviços, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicação da referida teoria, pois, demonstrada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo²⁵¹.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 27 DO CDC. SÚMULA Nº 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade. Tem aplicação a Súmula nº 83 do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 646.466/ES, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10/06/2016) (grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE RASTREAMENTO E COMUNICAÇÃO DE DADOS. FALHA. ROUBO DE VEÍCULO. RESCISÃO CONTRATUAL. 1. OFENSA AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TEMAS APRECIADOS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. 2. APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGAÇÃO. 3. RESPONSABILIDADE. NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 4. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. NOVA ANÁLISE DA SITUAÇÃO FÁTICA. 5. AGRAVO IMPROVIDO. A jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado a teoria finalista para aplicar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. (STJ, AgRg no AREsp 601.234/DF, Rel.

²⁵¹ MARQUES. Manual do Direito do Consumidor, p. 92-93.

Ministro Marco Aurélio Bellize, Terceira turma, julgado em 12/05/2015) (grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. EXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DO CDC. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE VERIFICADA. REVISÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A Segunda Seção desta Corte consolidou a aplicação da teoria subjetiva (ou finalista) para a interpretação do conceito de consumidor. No entanto, em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou do serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva. 2. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu pela vulnerabilidade do agravado em relação à agravante. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 415.244/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 07/05/2015) (grifos nossos).

12.2 Teoria maximalista

Para os seguidores da referida teoria, o Sistema de Defesa do Consumidor é visto como um regulamento de mercado de consumo e não somente como normas protetivas para o consumidor não profissional. Assim, para a referida teoria, o artigo 2º deve ser interpretado de forma mais ampla, com vistas a um número cada vez maior de relações no mercado. Para os maximalistas, não importa se a pessoa natural ou a jurídica têm finalidade lucrativa quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

O problema dessa teoria é que transforma o direito do consumidor em direito privado geral, pois retira do Código Civil quase todos os contratos comerciais, uma vez que comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim de produção e distribuição. No Código Civil (e na parte primeira do Código Comercial agora revogado), o privilegiado é geralmente o vendedor que assume o risco

de transferir o seu produto; no Sistema de Defesa do Consumidor, a proteção é do comprador, do destinatário final²⁵².

É preciso frisar que as relações entre os iguais devem ser regidas pelo Código Civil, pelo Código Comercial – naquilo que não foi revogado – e pelas leis extravagantes, ou seja, os iguais (relação paritária) são partes que não são hipossuficientes e vulneráveis. São pessoas que têm acesso completo a todas as questões envolvidas no contrato, tais como aspectos de ordem técnica, fática e jurídica; inexistente, portanto, a vulnerabilidade.

O Sistema de Defesa do Consumidor é um diploma normativo que visa proteger o vulnerável, qual seja, o consumidor, e disciplina as normas para proteger esse sujeito “diferente” da sociedade de consumo.

O Sistema de Defesa do Consumidor destina-se a proteger as partes vulneráveis no mercado. Não serve, portanto, para reger relações pactuadas por pessoas jurídicas no exercício das respectivas atividades profissionais. Com a consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguiu-se orientação preconizada no Brasil desde os anos 1970, cujo principal mérito é o de esclarecer que a proteção do consumidor apenas tem sentido quando destinada a tutelar a posição da parte que não atua profissionalmente²⁵³.

O Código Civil é um código central para iguais. É preciso destacar, portanto, a noção subjacente de igualdade, que está intrinsicamente ligada à noção da equidade (justiça para o caso em concreto). Em outras palavras, não sendo o Código Civil um código exaustivo ou total, e sim um Código ‘Central’, pressupõe, em suas regras de transição ou disposições voltadas para o conflito de leis no tempo, a continuação de leis especiais²⁵⁴.

O princípio da vulnerabilidade está previsto no artigo 4º, inciso I, do Sistema de Defesa do Consumidor, e indica a proteção do consumidor, elo mais fraco da cadeia consumerista. Tal princípio se justifica em razão do desequilíbrio existente entre os referidos agentes econômicos nas relações jurídicas estabelecidas no mercado.

É preciso indicar a necessária distinção entre os conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade, ambas expressões contidas no Sistema de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência prevista no artigo 6º, inciso VIII, refere-se como noção processual, pois

²⁵² MARQUES, *Contratos ...*, p. 92.

²⁵³ ZANETTI, *op. cit.*, p.214.

²⁵⁴ MARQUES. *Manual do Direito do Consumidor*, p. 124.

preceitua a inversão do ônus da prova para o fornecedor ou prestador de serviços²⁵⁵. No que tange à vulnerabilidade, tem-se a identificação de alguma fraqueza de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas qualidades que lhe são inerentes, ou de alguma posição de dominância que pode ser identificada no outro sujeito da relação de consumo.

A opção do legislador brasileiro foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, uma vez que, em princípio, ele não possui poder de direção na relação de consumo, estando exposto às práticas comerciais dos fornecedores do mercado²⁵⁶.

Saliente-se que a presunção absoluta não significa que todos os consumidores serão vulneráveis perante o fornecedor. A doutrina e a jurisprudência distinguem algumas espécies de sua vulnerabilidade: (i) vulnerabilidade técnica – o comprador não possui os conhecimentos sobre o produto ou o serviço que está adquirindo e, portanto, pode ser facilmente enganado; (ii) vulnerabilidade jurídica ou científica – é a ausência de conhecimentos jurídicos específicos, contabilidade ou economia; e (iii) Vulnerabilidade fática – ocorre nas situações em que o fornecedor ou prestador de serviço têm posição de monopólio fático ou jurídico em razão de sua expressão econômica ou em razão da essencialidade do serviço²⁵⁷.

²⁵⁵ Assim, a jurisprudência brasileira já criou uma gradação para vulnerabilidade econômica em direito material. Reconhece-se a hipervulnerabilidade de alguns consumidores, por idade (idosos, crianças, bebês, jovens), condições especiais de saúde (doentes, contaminados com o vírus HIV) e necessidades especiais, como especificam os artigos 37, §2º e 39, IV, do CDC. (MARQUES. **Manual do Direito do Consumidor**, p. 100)

²⁵⁶ MIRAGEM, op. cit., p. 62.

²⁵⁷ MARQUES, **Contratos...**, p. 149.

13 REVISÃO DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DO SISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

13.1 Pressupostos

Não há nenhum óbice à aplicação da teoria da onerosidade excessiva para os contratos em que haja consumidores. Assim, as diferenças existentes em relação ao sistema previsto no Código Civil não impedem que os pressupostos revisionistas sejam aplicados ao microsistema contido no Sistema de Defesa do Consumidor.

Semelhantemente ao que ocorre com o direito comum, é imprescindível a existência de contrato, com execução continuada ou diferida, ou seja, é necessária a existência de lapso temporal entre a sua conclusão e os eventos posteriores. É preciso salientar que qualquer contrato de consumo – unilateral ou bilateral comutativo e oneroso – pode sofrer os efeitos da teoria da onerosidade excessiva²⁵⁸.

A legitimidade para se arguir a revisão dos contratos de consumo também pode ser do fornecedor? No direito comum, sustenta-se perfeitamente a tese de que credor e devedor podem invocá-la indistintamente, como ocorre nas relações locatícias urbanas. No microsistema do Sistema de Defesa do Consumidor, não haveria problema de o fornecedor postular a revisão do contrato, contudo, conforme se demonstrou nos tópicos antecedentes, o juiz deverá apreciar o pedido do consumidor sob as luzes e os balizamentos contidos no princípio da vulnerabilidade, visto ser o Sistema de Defesa do Consumidor um diploma que tutela os interesses do vulnerável²⁵⁹.

Quanto ao momento para se arguir a revisão, também se aplica a mesma regra do direito comum, isto é, antes do início do estado moratório.

13.2 Espécies de revisão no sistema de defesa do consumidor

O Sistema de Defesa do Consumidor prevê expressamente a possibilidade de modificação da cláusula que estabeleça prestações desproporcionais ou sua revisão em

²⁵⁸ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 207.

²⁵⁹ *Idem*

razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Essa é a dicção do artigo 6º, V, do Sistema de Defesa do Consumidor.

Sabe-se que a possibilidade de resolução do contrato em razão da excessiva onerosidade ocorre no âmbito do Código Civil (artigo 478), contudo o Sistema de Defesa do Consumidor proporciona a possibilidade de revisão ou a modificação de cláusulas contratuais.

A resolução é uma forma de extinção do contrato, assim como a rescisão e a resolução. É preciso estabelecer as diferenças entre as referidas formas extintivas do programa contratual. As diferenças entre a resolução e a resilição podem ser assim resumidas: a resilição, cuja forma mais comum é o distrato²⁶⁰, ocorre por meio do acordo de vontades para cessar os efeitos do contrato; por seu turno, a rescisão do contrato tem a sua origem com o surgimento da lesão. Conforme visto, a lesão é um dos casos de anulabilidade do contrato, pois o desequilíbrio se dá por ocasião da formação do contrato e não durante a sua execução.

A resolução verifica-se em contratos de execução continuada ou de prestações diferidas, em razão de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, tornando o cumprimento da obrigação extremamente oneroso e difícil²⁶¹.

Uma diferença marcante entre o Código Civil e o Sistema de Defesa do Consumidor é a possibilidade conferida pelo artigo 6º, inciso V, isto é, a modificação da cláusula que contempla prestações desproporcionais, ou a revisão em caso de onerosidade excessiva.

São duas as hipóteses de revisão contempladas no Sistema de Defesa do Consumidor: a primeira consubstancia-se na modificação pelo Poder Judiciário de cláusulas desproporcionais, o que ocasiona desequilíbrio no contrato de consumo. Diante de tal desequilíbrio, é feita a intervenção no contrato pelo Poder Judiciário para modificar uma ou mais cláusulas e se atingir o equilíbrio contratual²⁶².

A segunda possibilidade de que trata o artigo 6º, inciso V, do Sistema de Defesa do Consumidor, é a revisão judicial do preço que, à época da celebração do contrato, era equânime, contudo, com o passar do tempo se tornou excessivamente

²⁶⁰ “Um caso de ineficácia relativa surgida depois da celebração do contrato. Nos dizeres de Pontes de Miranda, o distrato não é ida ao passado para se apagar o que se redigira, ou se dar como tendo sido aquilo que foi. O distrato não é descontrato. Quem distrata não descontrata. O contrato foi feito e lá fica. Apenas sem qualquer irradiação de efeitos’, e sem qualquer existência para o futuro.” (AGUIAR JR. Extinção dos Contratos In: FERNANDES, W. (coord.) et. al., op. cit., p. 424.)

²⁶¹ DONNINI, op. cit., p. 168.

²⁶² Ibidem, p. 171.

onerosa para o consumidor. O Poder Judiciário intervém na relação contratual de consumo para sobrepor-se à vontade das partes e impor um equilíbrio contratual. Mais do que nunca, as normas consumeristas caracterizam o direito contratual do consumidor como intervenção estatal no espaço antes reservado para a autonomia da vontade, de acordo com os postulados sociais da nova teoria contratual do Estado de direito²⁶³.

A revisão judicial dos contratos de consumo problematiza-se numa seara mais ampla do que usualmente se verifica no Código Civil. A doutrina se depara com a situação de que a imprevisão no regime consumerista exige apenas a onerosidade excessiva.

Há posição doutrinária no sentido de admitir a conjugação de elementos subjetivos e objetivos para onerosidade excessiva no Sistema de Defesa do Consumidor. Somente as circunstâncias extraordinárias é que entram no conceito de onerosidade excessiva, dele não fazendo parte os acontecimentos decorrentes da álea normal do contrato. A imprevisibilidade e a extraordinariedade dos fatos supervenientes, que ensejam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* (art. 6º, V, do Sistema de Defesa do Consumidor), devem ser aferidas objetivamente, em relação ao homem médio, à natureza do negócio e às condições do mercado. Esses acontecimentos podem ser de ordem natural (tempestades, terremotos, etc.), como decorrentes de situações absolutamente excepcionais do ponto de vista econômico. Nessa última consideração, podem ou não estar incluídas as variações de moeda em decorrência de inflação, dependendo de outros fatores dessumíveis da álea normal e das demais peculiaridades do contrato²⁶⁴.

Assim, para a referida posição doutrinária, os elementos subjetivos devem ser valorados, tais como a extraordinariedade e a imprevisibilidade, o que, de certa maneira, torna mais difícil a revisão dos contratos de consumo, pois, ao levar em conta essa conjugação, corre-se o risco de dificultar o exercício do direito na revisão do contrato.

A norma contida para a revisão contratual no Sistema de Defesa do Consumidor não exige que o fato superveniente seja irresistível e imprevisível, mas apenas que haja a destruição da relação de equivalência das prestações. O elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, episódio que não necessita ser extraordinário,

²⁶³ MARQUES. **Contratos...**, p. 412.

²⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 521-522.

irresistível, acontecimento que podia ser previsto e não foi²⁶⁵. A expressão onerosidade excessiva do art. 6º, V do Sistema de Defesa do Consumidor, não encontra sua fonte no Código Civil Italiano de 1942, que, em seu artigo 1467, exige a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível, nem no novo Código Civil de 2002, pois o artigo 478 exige, além da onerosidade excessiva, a “extrema vantagem da outra”, mas sim nas teorias mais modernas e objetivas, em especial a teoria da base do negócio jurídico²⁶⁶.

O disposto no art. 6º, inciso V, 2ª parte, do Sistema de Defesa do Consumidor discorre sobre a revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. A mesma orientação é seguida no art. 51, inciso V. O diagnóstico é de que não se exige que o fato seja imprevisível. O direito do consumidor brasileiro flerta mais com a teoria da base objetiva do negócio jurídico do que com a teoria da imprevisão²⁶⁷.

Acresça-se, ainda, a conclusão n.º 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Contratos no ano de 2000: “Para fins de aplicação do artigo 6º, V do CDC, não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva”, bem como o item n.º 18 do Relatório Brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant²⁶⁸.

Para a sistemática revisionista das relações de consumo, o parâmetro norteador deve-se pautar exclusivamente na onerosidade excessiva, pois se elimina a discussão da natureza dos fatos supervenientes, o que possibilita desconsiderar o advento de planos econômicos e o fenômeno inflacionário como entraves à revisão dos contratos de consumo. O fato de se julgar apenas a onerosidade excessiva, sem levar em conta as

²⁶⁵ MARQUES. **Contratos...**, p. 412.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 414.

²⁶⁷ CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.230.

²⁶⁸ “Para os contratos em geral, a jurisprudência, antes da previsão expressa do atual Código, já admitia, com cautela, a revisão. Todavia, após o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, IV), e, agora, com o advento do Código Civil, “legem habemus”. A previsão do Código de Defesa do Consumidor é exclusivamente objetiva e, assim, diversa do Código Civil. Assim: *Teoria da Imprevisão que é diferente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor se contenta, prescindindo da imprevisibilidade. Alegação de recursos captados no exterior. Julgador que, na aplicação da lei deve estar atento aos fins sociais a que ela se destina (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil)* (EMBARGOS INFRINGENTES n.º 642.729.02/1 do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, DJ 08/05/2003). Também: *O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor (REsp 370. 598, DJ 01/04/2002)*. (RELATÓRIO brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, p. 190.

suas causas, constitui-se como elemento facilitador para a defesa dos consumidores em ações revisionais e distinguiria o regime de revisão contratual contido no Sistema de Defesa do Consumidor daquele previsto no Código Civil, que agregou à excessiva onerosidade a vantagem extrema da outra parte²⁶⁹.

Nesse sentido também é a orientação da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Leasing. Juros. Correção monetária. Dólar norte-americano. 1. Aplica-se o artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor para modificar as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes, que as tornem excessivamente onerosas, hipótese ocorrida nestes autos, pois comprovada a substancial alteração da cotação da moeda estrangeira que serviu de parâmetro para a atualização das prestações em contrato de leasing. **Assim, mesmo válidos, em princípio, os contratos com paridade cambial, desde que feito o pagamento em moeda nacional, as circunstâncias supervenientes que geram desequilíbrio do contrato diante do consumidor justificam a incidência do referido dispositivo.** 2. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg. no Ag 449.457/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17/09/2002) (grifos nossos).

Assim, nos contratos de consumo, devem prevalecer aspectos como a objetivação das relações contratuais, tendo em conta a massificação e a padronização das cláusulas, o que resulta em pouca ou quase nula percepção de compreensão subjetiva quanto à previsibilidade de eventos futuros.

O artigo 6º, inciso V, do Sistema de Defesa do Consumidor, incorporou elementos da teoria da base objetiva de Larenz. A quebra do equilíbrio contratual, a ausência de equivalência das prestações, provocará onerosidade excessiva para o consumidor. Para que o consumidor possa postular em juízo a revisão de cláusula contratual que provoque o desequilíbrio em razão da assunção de evento superveniente, não se faz necessária a comprovação de que o fato seja imprevisível, imprevisto, extraordinário ou mesmo irresistível, mas apenas um acontecimento ocorrido durante a

²⁶⁹ Nesse sentido, os autores que defendem a excessiva onerosidade desprovida de qualquer outra conjugação de outros elementos para a revisão dos contratos no âmbito do Sistema de Defesa do Consumidor são: MARQUES. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 413; DONNINI. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 171, e LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Código Civil Comentado**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 254.

fase de execução do contrato, que poderia ter sido previsto e não foi, e que cause onerosidade excessiva para o consumidor²⁷⁰.

Há posicionamento doutrinário sobre a exegese da 2ª parte do inciso V do artigo 6º do Sistema de Defesa do Consumidor de que a referida norma não teve inspiração nem pela teoria da base do negócio nem pela teoria da imprevisão. O Sistema de Defesa do Consumidor adota uma postura mais avançada do que as teorias da imprevisão e da base do negócio jurídico, ao menos na acepção clássica destas. Há, por certo, uma maior independência em relação aos aspectos subjetivos do contrato e à vontade puramente psicológica das partes, em favor de uma concepção objetiva do vínculo contratual, que valoriza o equilíbrio entre as prestações, a justiça material na gênese e o desenvolvimento do contrato²⁷¹.

A norma prevista no Sistema de Defesa do Consumidor promove um novo conceito de revisão contratual, qual seja, a revisão contratual, que ocorre em razão do desequilíbrio contratual por meio da onerosidade excessiva com fundamento na ocorrência de eventos supervenientes, sem se exigir, entretanto, a imprevisibilidade desses e ainda sem se exigir que o fornecedor (parte não prejudicada) aufera vantagem²⁷².

Assim, para a alteração das circunstâncias nos contratos de consumo, o fato superveniente que altera a execução da avença não deve sofrer qualquer tentativa de adjetivação, pois se revelaria totalmente desnecessário em razão da constatação pura e simples dos efeitos nefastos ao equilíbrio das prestações.

13.3 *Leasing* Cambial

Desde o advento da Lei do Real, o arrendamento mercantil passou a ser uma oportunidade atrativa também para pessoas físicas²⁷³. Na época, o principal fator era a correção das parcelas pelo dólar. O disposto proporcionou até mesmo que, por vezes, as

²⁷⁰ MARQUES. **Contratos...**, p. 413.

²⁷¹ MORAES, Renato José de. Os contratos de leasing e a alteração da política cambial brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 38, p. 181-200, abr-jun., 2001.

²⁷² CUNHA, op. cit., 227.

²⁷³ De fato, as maiores utilidades do arrendamento mercantil são para pessoas jurídicas, em função principalmente de vantagens contábeis de financiamento do bem, tais como liberação do capital de giro, possibilidade de atualização dos equipamentos durante a vigência dos contratos, prazo de operação compatível com prazo de amortização econômica, economia do imposto de renda (dedução de aluguéis e não imobilização de equipamento), aceleração de depreciação (gerando eficiência fiscal), dentre outros. (BERTRAN, Maria Paula Costa. **A Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito**: o caso da revisão dos contratos de leasing. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.41).

parcelas dos meses seguintes fossem menores que as parcelas iniciais em razão de um volume maior de importação e a entrada de capitais especulativos (1994-1998).

Entretanto, o que era uma forma atraente de aquisição de bens, com a ruptura das bandas cambiais, passou a constituir um grave problema para o mercado.

Em 1998, sem condições de pagar a sua dívida, a Rússia anunciou moratória, o que ocasionou a desvalorização do rublo. Subitamente, uma onda de pânico assolou todos os mercados e a consequência no Brasil foi a saída de capitais em razão do pessimismo que assolou os investidores que tinham receio de sofrer novas perdas.

Em janeiro de 1999, o Banco Central do Brasil abandonou o regime de bandas cambiais que mantinha o real sobrevalorizado e permitiu a livre flutuação da taxa de câmbio²⁷⁴. A consequência de tal medida foi uma abrupta variação cambial da moeda norte-americana²⁷⁵.

Diante de tal quadro, os contratos de arrendamento mercantil para aquisição de veículos que dispunham de cláusula de reajuste de acordo com a variação cambial tiveram suas parcelas em reais praticamente quase que duplicadas em poucas semanas. Como consequência, a reação dos consumidores que celebraram os referidos contratos foi buscar a revisão perante o Poder Judiciário, sob a justificativa de que a mudança da cotação do dólar norte-americano causou o surgimento de onerosidade excessiva.

Várias foram as ações judiciais buscando a revisão desses contratos, com fundamento no artigo 6º, inciso V, do Sistema de Defesa do Consumidor, que garante o

²⁷⁴ Nesse tipo de sistema, a taxa de câmbio flutua dentro de um intervalo com limites máximos e mínimos, também chamado 'banda'. Se a taxa se aproxima do limite máximo, o Banco Central entra no mercado vendendo divisas. Um aumento de oferta de divisas provoca diminuição da taxa de câmbio. Caso a taxa de câmbio se aproxime do limite mínimo, ameaçando rompê-lo, o Banco Central entra no mercado comprando divisas, elevando, assim, a taxa de câmbio. No regime de taxas de câmbio flutuantes, o valor da taxa de câmbio é determinado livremente no mercado, mediante a oferta por procura de divisas, sem nenhuma intervenção do Banco Central. A característica básica desse regime cambial é que a taxa de câmbio deve-se ajustar de modo a equilibrar o mercado de divisas. Assim, se houver excesso de oferta de moeda estrangeira, seu preço cairá, ou seja, a moeda nacional se valorizará. Da mesma forma, se houver excesso de demanda pela moeda estrangeira, o seu preço se valorizará, isto é, a moeda nacional se desvalorizará. No Brasil, utiliza-se hoje um sistema misto, denominado *dirty floating* (flutuação suja). Nesse tipo de sistema, a taxa de câmbio continua sendo determinada pelo mercado. Entretanto, o Banco Central intervém, tentando balizar os movimentos desejados da taxa de câmbio, procurando limitar a sua instabilidade. (MARTINS PASSOS, Carlos Roberto e NOGAMI, Otto. **Princípios de Economia**. São Paulo: Thomson, 2006, p. 536-537).

²⁷⁵ Os contratantes que, em janeiro de 1999, eram parte em contratos de arrendamento mercantil com cláusulas de reajuste vinculadas ao dólar, viram-se, em apenas 17 dias, expostos a alteração de parcelas que excedia os 70%. E esse era apenas o começo da crise. A excepcionalidade criada pela Lei n.º 8.880, de benemérita a vilã na mesma velocidade em que se alterava o câmbio, proporcionou considerável pânico nos galpões, fábricas e hangares em que abrigavam bens de produção adquiridos por contratos com cláusula de reajuste ligada à variação cambial. Lares e garagens, nos quais se abrigavam veículos adquiridos também por arrendamento mercantil, vivenciaram o correspondente sentimento. (BERTRAN, op. cit., p.41-42).

direito de revisar as cláusulas contratuais que, em razão de fato superveniente, tornem as prestações excessivamente onerosas.

Ao analisar a questão, o Superior Tribunal de Justiça considerou o fato de que havia uma política econômica consolidada no sentido da manutenção de um sistema de bandas cambiais que buscava manter o real em relativa estabilidade com o dólar norte-americano. Entendeu que a ruptura do equilíbrio contratual, a ausência de equivalência das prestações, provocaria onerosidade excessiva para o consumidor, dando guarida para que a mudança de realidade econômica fosse utilizada para a revisão contratual²⁷⁶.

Cumprido destacar a orientação da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que afasta a noção de imprevisão e conserva apenas a alteração das circunstâncias, que leva, por certo, a revisão do contrato em razão da onerosidade excessiva.

*“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - REVISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (“LEASING”) - RECURSO ESPECIAL - NULIDADE DE CLÁUSULA POR OFENSA AO DIREITO DE INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR - FUNDAMENTO INATACADO - INDEXAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR). CRISE CAMBIAL DE JANEIRO DE 1999 - PLANO REAL - APLICABILIDADE DO ART. 6º, INCISO V, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. Recurso Especial. Reexame de provas. Interpretação de cláusula contratual. O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. **A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano”.** (STJ, AgRg no REsp n.º 374.351/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 24/06/2002)” (grifos nossos).*

²⁷⁶ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 212.

“Revisão de contrato - Arrendamento mercantil (leasing) - Relação de consumo - Indexação em moeda estrangeira (dólar) - Crise cambial de janeiro de 1999 - Plano real. Aplicabilidade do art. 6, inciso V do CDC - Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. - O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. - **A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. - A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. - É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, "caput", 31 e 52 do CDC).** - Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (art. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei n. 8.880/94”. (STJ, REsp 268.661/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2001) (grifos nossos).

Destaque-se que, durante o ano de 2002, a Terceira Turma manteve sua orientação em decisões no sentido da manutenção de uma interpretação favorável aos interesses do consumidor, sob o fundamento da ilegalidade de transferência do risco da atividade de captação de crédito para o consumidor, em homenagem ao dever de informação²⁷⁷.

²⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, REsp 376877/RS, DJ 24/06/2002: “É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação” (ARTS. 6º, III, 31, 51, XV, 52, 54, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor).

Contudo, a partir de 2003, o Superior Tribunal de Justiça deu uma guinada em sua jurisprudência, pois a quarta turma houve por bem distribuir de forma equitativa os prejuízos oriundos da variação cambial. O caso paradigmático que deu ensejo a esta mudança é o REsp n.º 472.594/SP:

“CIVIL - ARRENDAMENTO MERCANTIL - CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL – VALIDADE - ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO - ONEROSIDADE “EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 6º, V. I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94). II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ, REsp 472.594/SP, Quarta Turma, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, DJ 04/08/2003) (grifos nossos).

O voto do Ministro Aldir Passarinho Junior foi no sentido da constatação da onerosidade excessiva. Entretanto, não há que se perquirir na ilegalidade da cláusula de reajuste, mas das circunstâncias que incidiram na relação jurídica obrigacional.

Contudo, assim decidindo, o ministro supôs que as partes tinham a mesma capacidade de prever o evento futuro relativo à liberação da banda cambial, o que não corre de fato em razão da grande assimetria informacional entre a instituição concedente de crédito e o consumidor. É sabido que a identificação e a gestão dos riscos estão no âmbito da *expertise* da intermediação financeira, desenvolvida profissionalmente pelos bancos e pelas instituições financeiras.

É notório destacar que os bancos possuem departamentos especializados de análise de risco, tanto para aqueles relativos a operações contratadas, quanto para os riscos advindos da conjuntura macroeconômica (v.g. variação cambial). Os consumidores, por seu turno, não estão familiarizados com tal modalidade de operação, pois não detêm as informações necessárias para saber a extensão dos riscos assumidos ou mesmo as formas de prevenção.

Quando o ministro da Fazenda, na época, afirmava que as partes poderiam contar com a estabilidade do real durante o contrato e que, a longo prazo, sabia-se – apesar da posição pública do Governo – que não seria lógica a continuidade daquela política econômica –, não poderia estar se referindo ao consumidor, pois este é totalmente vulnerável quanto à assunção de informações técnicas e financeiras.

Por outro lado, os bancos, por meio dos seus departamentos de análise de macroeconomia, tinham total ciência de que a conjuntura macroeconômica poderia se alterar a qualquer momento, mas se garantiram contra os riscos, transferindo-os ao consumidor ou firmando operações de *hedge*²⁷⁸ para afastar os riscos da operação.

O Superior Tribunal de Justiça considerou, ainda, que a instituição financeira também saiu prejudicada, e que em situações como essa o ônus deveria ser repartido em uma decisão por equidade.

Porém, o Sistema de Defesa do Consumidor não está preocupado com ônus ou bônus advindos ao fornecedor de serviços financeiros quando da ocorrência de fatos supervenientes que transformaram as obrigações excessivamente onerosas para o consumidor. Conforme visto, pouco importa se o fornecedor de serviços bancários obteve vantagem excessiva em relação ao consumidor, de forma que, conforme explicitado, esta é outra diferença entre a revisão contida no Sistema de Defesa do Consumidor e a contida no Código Civil²⁷⁹.

²⁷⁸ Trata-se de operação para afastar os riscos de perda, oriundos de flutuação de preço. Consiste na compra ou venda a termo de ativos semelhantes, em dois mercados diferentes, com o escopo de compensação de lucros e prejuízos, em razão de se encontrarem em posições opostas. No mercado financeiro, o hedge visa precipuamente proteção contra riscos financeiros, configurando-se como operação econômica, a qual consiste numa cobertura contra os riscos das variações de preços. O *hedge* pode ser definido como participação em mercado futuro com vistas a evitar exposição ao risco no mercado à vista, daí porque celebrar contrato futuro como substituto temporário de uma operação à vista similar. São vários os motivos que podem levar um agente a contratar uma operação de hedge, dentre os quais podemos citar a obrigação de pagar, quando se compra em moeda estrangeira, empréstimo para o fluxo de caixa para determinada sociedade empresária e proteção de recurso externo que foi investido no país. (SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n.º 133, Janeiro, 2004, p. 189).

²⁷⁹ O artigo 478 do Código Civil exige que o credor obtenha vantagem excessiva para que seja possível a revisão.

A atividade realizada pelos bancos e instituições financeiras comporta assunção de riscos, os quais devem ser suportados, pois já foram objeto de estudos e análise de projeções macroeconômicas. Dessa forma, os fornecedores têm a obrigação de informar, caso contrário, estarão sujeitos a se responsabilizar por eventuais prejuízos.

Assim, a tese vencedora no Superior Tribunal de Justiça foi a da repartição do ônus contratual, conforme restou assentado pelo voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 401.021/ES:

“Pondero que, naquele momento, havia a garantia oficial de que a taxa de câmbio tinha estabilidade. Em função disso, as pessoas estavam sendo levadas a contratar em dólar. A mudança da política governamental, alterando a taxa, colheu de surpresa o mercado, muito mais o leigo do que propriamente a instituição financeira, que atua e tem conhecimento das peculiaridades e dos riscos desse mercado. **Daí por que o fato novo, que consistiu na mudança da taxa de câmbio, deve influir na interpretação do contrato, e não me parece justo que as consequências caiam por inteiro sobre uma das partes, nem sobre o banco financiador, nem sobre o financiado. Na doutrina, existe uma teoria que explica situação como essa, a sustentar que, diante de fato novo que atinge a todos – uma força maior proveniente de alteração da política governamental, por exemplo –, devem-se repartir entre os contratantes os ônus dessa incidência, da qual não podem fugir. Por isso, penso que é mais razoável e mais justo, diante da novidade do desequilíbrio da balança e da brusca elevação da taxa cambial, onerando excessivamente a prestação, que se deva repartir meio a meio o custo dessa mudança.” (grifos nossos).**

Conforme exposto no voto acima transcrito, o julgador reconheceu que a instituição financeira “atua e tem reconhecimento das peculiaridades e dos riscos desse mercado” e houve por bem compartilhar do entendimento de que os riscos deveriam ser divididos entre as partes.

Acresça-se, ainda, que a teoria invocada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior aplica-se entre partes com o mesmo nível informacional e não em relação de consumo, em que a vulnerabilidade milita em favor do consumidor, incidindo, por certo, o regime jurídico diferenciado com vistas à proteção da parte mais fraca. Por outro lado, o referido Ministro ressaltou que não se deveria conceder a correção cambial, “porque significaria obter do banco, nos dois lados, a mesma vantagem”.

Contudo, mesmo aplicando a divisão equânime dos prejuízos advindos da crise cambial, é preciso ressaltar os méritos do Superior Tribunal de Justiça, ao entender

que: a) imprevisão ou imprevisibilidade é plenamente dispensável; b) alteração de circunstâncias importa em mudança do equilíbrio da economia contratual; c) excessiva onerosidade é admitida como elemento visível do desequilíbrio econômico do contrato, abstraindo-se se houve ganhos superior de outro contratante.

13.4 Distribuição dos riscos nos contratos bancários

Partindo-se da premissa de que os contratos são instrumentos jurídicos que corporificam uma operação econômica²⁸⁰, permitindo que os sujeitos regulem seus interesses e criem direitos e obrigações recíprocas, com força obrigatória, as partes buscam esse engajamento com objetivos previamente delineados. Assim, o que se espera de um contrato com boa-fé é que ambas as partes cooperem para obter vantagens recíprocas.

A autonomia negocial, que pode ser entendida como as normas concretas entre as partes no negócio jurídico, somente é reconhecida pelo ordenamento se exercida de acordo com a moldura legal, desde as normas constitucionais até a legislação infraconstitucional. Os interesses privados estão rodeados de risco, sendo que alguns deles são impossíveis de se prever; outros já são conhecidos pelas partes no momento da contratação, e há ainda aqueles que são passíveis de conhecimento, mas, em razão de alguma falha ou limitação de racionalidade, não foram previstos. As partes podem regular a distribuição dos riscos.

O direito estabelece uma regra atributiva de direitos e obrigações. O risco não se refere somente a um perigo a que as partes estão sujeitas em um contrato, mas também desenha de que forma as consequências jurídicas dos eventos prováveis são tratadas pela lei e pelo contrato.

²⁸⁰ Segundo Enzo Roppo: “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, a falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediamente – para a ideia de operação econômica. Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato – operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com esse último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com o seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 8-9).

A capacidade de as partes prever os efeitos das obrigações que serão objeto de regulação no contrato, bem como eventos que poderão atingir o contrato durante a sua execução, é de suma importância para que os objetivos tenham êxito. Assim, a distribuição dos riscos contratuais é tão importante quanto o objeto central da obrigação, que se refere à circulação de bens e riquezas, pois suportar um risco pode significar uma perda, com influência decisiva no contrato.

Nos contratos existenciais – leiam-se aqui também os de consumo – uma das partes (hipossuficiente) pode estar em posição de inferioridade, sem condições para aferir a atividade de identificação dos riscos.

A teoria econômica do direito traz o conceito de *more efficient risk-bearer*, qual seja, o portador de risco mais eficiente²⁸¹, que é a parte contratual que tem melhores condições de mensurar a identificação, os cálculos e a alocação dos riscos na avença. Os contratos têm lacunas que são eventos que não foram previstos de forma expressa e afetam direitos e obrigações. Nesses casos, as partes podem deixar essas lacunas desavisadamente, porque não conseguiram prever a realização do acontecimento.

Em contrapartida, as partes podem deliberadamente deixar a lacuna, em virtude de os custos de transação não fundamentar a ocorrência de eventos remotos. Ressalte-se que a negociação de alocação de riscos envolve os custos de transação e a magnitude de tais custos pode determinar se as partes preencherão as lacunas ou não. Esses riscos que não foram previstos poderão se tornar perdas futuras, e o Poder Judiciário é que preencherá a lacuna²⁸².

Os tribunais devem parametrizar de forma mais eficiente as obrigações e ajustar de forma razoável os preços. Para se chegar a essa conclusão, Cooter e Ulen utilizam um método para que as Cortes obtenham a solução mais razoável. Devem os tribunais imputar um contrato hipotético às partes em que elas teriam chegado a um custo transacional “zero”. Assim, o portador do risco mais eficiente seria a parte que detém a maior quantidade e a melhor qualidade de informações²⁸³.

²⁸¹ Cumpre salientar que a análise econômica do direito deve ser aqui entendida não no sentido utilitarista, mas sim numa referência pragmática para demonstrar a aplicação das normas do sistema de defesa do consumidor, delineando o direito como ciência autônoma e que mantém diálogos com outros subsistemas. Nesse rumo, conferir MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L.M.P. (coord.) **Direito e Economia**: 30 anos de Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261-282. Cf. também o artigo de SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In LIMA, op. cit., p. 283 - 323.

²⁸² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. Boston: Pearson, 2003, p. 211.

²⁸³ *Ibidem*, p. 215

Conforme ficou demonstrado no tópico anterior, é sabido que as relações de consumo são marcadas por uma elevada assimetria de informações, que pode ser mais ou menos evidente, pois vai depender do grau de vulnerabilidade do consumidor. Portanto, nos contratos de crédito ao consumo, a instituição financeira é a portadora do risco mais eficiente. E, em sendo assim, a referida instituição tem condições de alocar no preço médio de seus serviços as perdas futuras e os riscos não previstos.

Tanto o Sistema de Defesa do Consumidor quanto o órgão regulador (Banco Central) limitam a liberdade negocial para a repartição de riscos contratuais, de forma que não se podem transferir riscos que importem em onerosidade excessiva ao consumidor.

O estabelecimento de regras cogentes para a disciplina contratual pode ter sua razão para a proteção da parte mais fraca (hipossuficiente), quando a operação econômica se submeter a determinadas regras emanadas de seu órgão regulador, tudo com vistas a assegurar sua segurança jurídica.

Para o direito contratual, a ideia de risco também tem aplicação para as situações de revisão contratual. Como já visto, o direito brasileiro não utiliza o termo risco (item 10.1) nos artigos que preveem a possibilidade de revisão contratual. O regime de repartição de riscos tem conexão com as hipóteses de revisão contratual, na medida em que, se um risco não foi previsto ou desejado pelas partes, esse abalo poderá comprometer o sinalagma genético ou mesmo o sinalagma funcional, em razão dos efeitos deletérios da excessiva onerosidade para uma das partes.

Para os contratos interempresariais, podem ocorrer situações em que se verifique a chamada vulnerabilidade do consumidor “tomador de crédito”, com base exatamente na teoria finalista aprofundada discorrida no item 12.1 do presente trabalho. É óbvio que, para o empresário, a obtenção de crédito faz parte de sua atividade, pois se espera que o gestor das atividades tenha uma noção, ainda que uma ideia mediana, das operações financeiras, caso deseje prosperar em sua atividade empresarial. Por outro lado, pode existir, na seara dos contratos interempresariais, grande assimetria de informações, que dependerá do vulto e do porte da atividade econômica desenvolvida pelo empresário, bem como da quantidade de departamentos especializados para analisar e mensurar os riscos envolvidos nos contratos de financiamento.

Por exemplo, não se pode comparar o proprietário de um mercadinho de bairro com uma poderosa rede atacadista de hipermercados. Ressalte-se, ainda, que, em alguns casos, a própria instituição financeira pode ter uma significativa assimetria de

informações, pois o empresário detém uma maior quantidade de informações sobre seu processo produtivo, que incluem a viabilidade econômico-financeira, o retorno do capital investido (*payback*), bem como o retorno esperado (taxa de retorno). Algumas vezes, esse tipo de informação pode ser de difícil acesso aos bancos e às instituições financeiras.

Assim, considerando a grande diferença entre tomadores de crédito no segmento empresarial, pode-se aplicar, com base na Teoria do Finalismo aprofundado, o regime previsto no Sistema da Defesa do Consumidor para pessoas jurídicas.

Apesar da vulnerabilidade das pessoas naturais, é preciso frisar que, em certas ocasiões, o consumidor assume alguns riscos em operações financeiras. Contudo, tais riscos, conforme explicado, devem ser suficientemente esclarecidos, conforme determinam os artigos 6º, inciso III, e 52, ambos do Sistema de Defesa do Consumidor²⁸⁴, bem como as disposições regulatórias do Banco Central (resoluções nºs 3.517, de 6 de dezembro de 2007, e 3.694 de 26 de março de 2009)²⁸⁵.

Em alguns casos, o consumidor assume riscos como, por exemplo, em operações de crédito que permitam a capitalização de juros em periodicidade menor que um ano. Por ocasião da contratação desse tipo de operação, é necessário que o consumidor seja suficientemente esclarecido sobre os riscos que tal modalidade de crédito representa.

Desde que o banco ou instituição concedente de crédito envidou todos os procedimentos de esclarecimento sobre os serviços que serão prestados, de acordo com a

²⁸⁴ “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...)”. “Art. 52 - No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II – montante de juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III – acréscimos legalmente previstos; IV – número e periodicidade das prestações; V- soma total a pagar, com e sem financiamento”.

²⁸⁵ “Resolução 3.517 - Dispõe sobre a informação e a divulgação do custo efetivo total correspondente a todos os encargos e despesas de operações de crédito e arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas”.

“Resolução 3.694 - Art. 1º - As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar: I- a adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, aos interesses e aos objetivos dos clientes e usuários; II - a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, bem como a legitimidade das operações contratadas e dos serviços prestados; III - a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na execução de serviços; IV - o fornecimento tempestivo ao cliente ou usuário de contratos, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos relativos a operações e a serviços; V - a utilização de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço, em contratos, recibos, extratos, comprovantes e documentos destinados ao público, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições; (...)”.

orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo, não cabe ao consumidor alegar eventual onerosidade excessiva na execução do contrato²⁸⁶.

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. Ação revisional. Caracterização da relação de consumo (Súmula n. 297, do STJ). Contrato de adesão que não resulta necessariamente em abusividade e nulidade. Vedação à cobrança da tarifa de registro do contrato. Abusividade da cobrança de tarifa por serviço que não é prestado ao consumidor, mas voltado ao propósito de redução dos custos da própria atividade do banco. Consideração de que tal questão não foi afetada para julgamento, sob o regime de recurso repetitivo, no REsp 1.251.331/RS. Admissibilidade da capitalização dos juros no caso, porque expressamente pactuada, além do que o artigo 28, § 1º, I, da Lei n. 10.931/2004, autoriza, na cédula de crédito bancário, a pactuação de juros capitalizados na periodicidade avençada pelos contratantes. Inadmissibilidade da substituição da Tabela Price pelo Método de Gauss. Aplicação ao caso das Súmulas 539 e 541, do STJ. Descabimento do pedido de limitação da taxa de juros. Preservação da taxa validamente convencionada. Admissibilidade do emprego da comissão de permanência, por todo o período de inadimplemento, mas limitada à soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos na cédula, nos termos da Súmula 472, do STJ. Pedido inicial julgado procedente, em parte. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido, em parte. (TJ/SP, Apelação Cível n.º 1017068-49.2014.8.26.0100, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mario de Oliveira, julgado em 28/09/15) (grifos nossos).

Para as pessoas naturais, o elemento vulnerabilidade está sempre presumido, pois não se pode exigir que o consumidor tenha conhecimentos específicos sobre operação de crédito.

Todavia, para elidir qualquer responsabilidade sobre os riscos para o fornecedor ou prestador de serviços, é preciso demonstrar que o contrato se pautou nos limites da boa-fé e na observância das prescrições legais e regulatórias do negócio jurídico de concessão de crédito, isto é, o dever de informar é ponto fulcral que deve ser sopesado quando do cotejamento de revisão em virtude da alteração das circunstâncias ou abusividade.

²⁸⁶ Súmula 539 do STJ - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

A questão que ora se discute é relevante, pois é preciso verificar a qualidade da informação a ser prestada. Assim, os detalhes da operação financeira, sobretudo no que diz respeito aos encargos (taxas e juros), devem ser explicados de forma muito clara e não deixar nenhuma dúvida ou incompreensões. No caso supratranscrito, um dos pontos questionados pelo consumidor versa sobre a abusividade da taxa de juros, contudo restou demonstrado que, para a referida modalidade (cédula de crédito bancária), a lei permite a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano, e o próprio Superior Tribunal de Justiça tem orientação nesse sentido (Súmula n.º 539). Há, ainda, que se apontar a Súmula n.º 382, a qual prega que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Note-se, ainda, que a Súmula 539 destaca a necessidade do dever de informação²⁸⁷ quando menciona que a capitalização é permitida desde que expressamente pactuada em contratos bancários celebrados após 31/03/2000.

Por outro lado, conforme mencionado, a despeito da informação que foi devidamente prestada em consonância com os ditames legais e regulatórios, o contrato, ainda que o consumidor assumia alguns riscos, pode e deve ser revisado, desde que a onerosidade excessiva desborde da álea assumida. A esse respeito, a casuística é que dirá se houve desvantagem exagerada do consumidor.

O parâmetro utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para se aferir ou não a onerosidade excessiva do consumidor é comparar a taxa aplicada na operação com a média das taxas apuradas no mercado. Se constatar onerosidade, o contrato estará apto a ser revisado, caso contrário a simples previsão de juros remuneratórios acima de 12% ao ano não indica abusividade (Súmula n.º 382 do STJ).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA DE MERCADO PARA OPERAÇÕES EQUIVALENTES. APURAÇÃO PELO BANCO CENTRAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 7/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PROIBIÇÃO DE CUMULAR COM OS DEMAIS ENCARGOS. MORA. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. CARACTERIZAÇÃO. 1. As

²⁸⁷ Súmula 539 do STJ: É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada pela Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), em consonância com a Súmula nº 596/STF, sendo também inaplicável o disposto no art. 591, c/c o art. 406, do Código Civil para esse fim, salvo nas hipóteses previstas em legislação específica. **A redução dos juros dependerá de comprovação da onerosidade excessiva - capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - em cada caso concreto, tendo como parâmetro a taxa média de mercado para as operações equivalentes, de modo que a simples estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano por si só não indica abusividade, nos termos da Súmula nº 382/STJ (REsp nº 1.061.530/RS).** 2. No julgamento do REsp nº 973.827/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, restou decidido que, nos contratos firmados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, admite-se a capitalização dos juros em periodicidade inferior a um ano, desde que pactuada de forma clara e expressa, assim considerada quando prevista a taxa de juros anual em percentual pelo menos doze vezes maior do que a mensal. Hipótese em que o acórdão reconheceu que foi pactuada a capitalização mensal. 3. É válida a cláusula contratual que prevê a cobrança da comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, de acordo com a espécie da operação, tendo como limite máximo o percentual contratado (Súmula nº 294/STJ). 4. Referida cláusula é admitida apenas no período de inadimplência, desde que pactuada e não cumulada com os encargos da normalidade (juros remuneratórios e correção monetária) e/ou com os encargos moratórios (juros moratórios e multa contratual). Inteligência das Súmulas nº 30 e nº 296/STJ. 5. Inexistindo abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização), fica caracterizada a mora. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 347.751/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015) (grifos nossos).

13.5 Superendividamento X Onerosidade Excessiva

Conforme explicado no item 7.3, a exceção da ruína pessoal difere da alteração da realidade econômica (mudança de taxa juros, planos de estabilização, dentre outros). A ruína econômica se relaciona com o empobrecimento do consumidor²⁸⁸.

²⁸⁸ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 209.

Rodrigues Junior discorre que houve na jurisprudência a abordagem de que o empobrecimento econômico do consumidor seria incompatível com o conceito de sinalagma, ainda que considerado à luz dos princípios do direito do consumidor, prevalecendo, dessa forma, o princípio da segurança jurídica²⁸⁹.

Todavia, considerando o Sistema de Defesa do Consumidor, essa posição deve ser proporcionalizada e harmonizada em razão da notória vulnerabilidade do consumidor em determinadas atividades econômicas, sobretudo na concessão de crédito, razão pela qual se poderá utilizar da exceção da ruína pessoal, para revisar o contrato de concessão de crédito²⁹⁰.

Constatam-se situações em que o crédito é oferecido ao consumidor de forma irresponsável, isto é, o ente concedente não considera a prudência e a análise de risco do tomador, não verifica também a sua solvabilidade e, por meio de práticas de marketing agressivas, oferece ao consumidor crédito que notadamente não será devolvido²⁹¹. Algumas vezes, o consumidor é levado a adquirir bens e serviços de forma demasiada, pelo fácil acesso ao crédito a bens supérfluos, sempre impulsionado pelo marketing. O fascínio pela aquisição dos bens acaba prevalecendo sobre a racionalidade e o planejamento econômico da família.

Um exemplo recente é a crise financeira de 2008. Sua origem se deu nos Estados Unidos, com um mercado de crédito saturado, pois os bancos precisavam emprestar e simplesmente ofereceram o empréstimo a pessoas da camada chamada *sub prime*, que não tinham as garantias viáveis para honrar a obrigação.

O resultado foi o início de uma intensa crise que se deu com essas camadas. O efeito se espalhou pelo resto do mundo, pois essas instituições negociaram seus recebíveis na forma de títulos com outros bancos. Não há a menor sombra de dúvida de que os bancos falharam no dever de informação para os consumidores que adquiriram esses títulos.

²⁸⁹ Cf. julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14ª Câmara Privada, na Apelação Cível n.º 236.120/21, RT 710/75.

²⁹⁰ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 209.

²⁹¹ A concessão desse crédito é feita de forma “imprudente”, na medida em que quem concedeu o crédito conhecia ou poderia ter conhecido as condições de graves dificuldades econômicas do financiado, e a concessão desse crédito vem causar dano aos credores do financiado, sejam os anteriores ou posteriores à concessão, por efeito da aparência de solvabilidade criada pelo crédito irregularmente concedido e o conseqüente retardo na manifestação “natural” das efetivas condições patrimoniais do financiado. (BENACHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do banco por concessão abusiva do crédito. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo. **Contratos bancários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.442).

Um fenômeno que vem se destacando na sociedade é o superendividamento. Trata-se da impossibilidade de o consumidor pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo, pois seus vencimentos já estão comprometidos, colocando em risco a subsistência do ente familiar²⁹².

No que concerne ao comportamento humano, para aqueles que não exercem de forma efetiva um controle das atividades financeiras, ou até mesmo considerando a vulnerabilidade, a contração de crédito se constata até o limite extremo do superendividamento, que se configura como a impossibilidade global do devedor de boa-fé pagar as suas dívidas.

De acordo com Cláudia Lima Marques, é preciso aplicar o dever de cooperação, o qual está presente em todas as contratações. A referida autora aponta que os novos deveres de cooperação imporiam um esforço para adaptar estes contratos e preservá-los, bem como evitar a ruína econômica nos consumidores de boa-fé²⁹³.

O superendividado é uma pessoa excluída da sociedade, não pode realizar vários negócios jurídicos que assegurem a sua sobrevivência, é excluído da cadeia econômica em razão da negatização de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

O Sistema de Defesa do Consumidor não prevê nenhum tratamento para o superendividamento, mas existe em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 283/2012, cujo propósito é aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento visando garantir o mínimo existencial. Estabelece como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas²⁹⁴.

A forma mais adequada para se tratar o superendividamento é o princípio da garantia ao mínimo existencial. Uma vez constatada a vulnerabilidade extrema do consumidor que agiu por impulso ao crédito, oferecido de forma agressiva e lacônica no

²⁹² SIMÃO FILHO, Adalberto. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade de informação II**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 243.

²⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 266-267.

²⁹⁴ O Projeto de Lei foi aprovado no Senado Federal e enviado à Câmara dos Deputados em 04/11/2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>> Acesso: em 15 out. 2016.

que concerne às informações sobre o contrato, este deverá ser repactuado, pois a onerosidade excessiva acarretará prejuízos que culminarão com a perda de seu mínimo existencial.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu sobre a matéria e concedeu tutela específica para esse fim, aplicando de forma analógica a limitação de 30% prevista na Lei n.º 10.820/2003, a qual dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento.

CONTRATO. Mútuo bancário com desconto em conta corrente. Ação de obrigação de fazer e de indenização por danos morais. Pedido para que cessem os descontos. Impossibilidade. **Todavia, aplicação do entendimento ligado à limitação do valor, em 30% dos vencimentos líquidos recebidos pelo autor. Prestações incidentes sobre benefício previdenciário. Caráter alimentar. Prestígio ao princípio constitucional da dignidade humana. Orientação jurisprudencial majoritária que determina a observância de limites estabelecidos pela Lei nº 10.820/2003. Dano moral. Inocorrência de qualquer ato que causasse vexame ou mácula à honra do correntista. Improcedência. Recurso provido para julgar parcialmente procedentes os pedidos. (TJ/SP, Apelação n.º 1001807-58.2016.8.26.0590, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sebastião Flávio, julgado em 05/10/2016) (grifos nossos).**

Uma das formas de se prevenir o superendividamento é a educação financeira, proporcionando mais consciência ao consumidor e alertando-o sobre os riscos quando adentra no sistema financeiro, para que possa escolher a opção mais adequada. Além dos aspectos referentes à educação, há alguns modelos de solucionar a excessiva onerosidade provocada pelo superendividamento, entre os quais, dois destacados pela doutrina: o denominado *fresh star* e o de reeducação²⁹⁵.

No primeiro modelo, liquida-se parte do patrimônio do credor com o perdão da dívida remanescente, sem penhora de outros rendimentos futuros, de forma que o devedor pode reiniciar sua vida sem as restrições passadas. No segundo, realiza-se um planejamento com pagamento alongado, contemplando todos os débitos e restando, por fim, a responsabilidade pelo passivo inadimplente.

Há, ainda, o sistema europeu, que disciplina o tratamento de forma preventiva e curativa. Para a prevenção, a lei estabelece um prazo de reflexão, nos moldes do artigo

²⁹⁵ SIMÃO FILHO. In PAESANI, op. cit., p. 252.

49 do Sistema de Defesa do Consumidor, que é estendido para todas as modalidades de contratação de crédito. O prazo de cautela será de sete dias para a concessão de crédito mobiliário e, em caso de crédito imobiliário, o prazo para reflexão é de dez dias, após o recebimento do crédito. O escopo da lei é estimular a concessão de crédito refletido e responsável, protegendo os consumidores do modo impulsivo. Na eventualidade da prevenção não funcionar e o consumidor entrar na espiral do superendividamento, poderá iniciar o processo administrativo, com a finalidade de resolver a controvérsia com seus credores, diante da Comissão Departamental de Superendividamento, a qual elaborará um plano de recuperação²⁹⁶.

Não havendo conciliação, a Comissão, mediante requerimento do consumidor superendividado, formula recomendações legais e, se persistir a impossibilidade de pagamento, a Comissão poderá fazer outras recomendações extraordinárias, como, por exemplo, moratórias, *stay period* por até 3 anos ou supressão parcial ou total dos créditos²⁹⁷.

De toda forma, a iniciativa do Projeto de Lei do Senado Federal para prevenir o superendividamento é válida e essencial, pois, embora o superendividamento se configure como exceção de ruína econômica, o consumidor, como parte vulnerável na relação de concessão de crédito e, tendo em vista se tratar de contrato existencial, o qual será tratado de forma mais detalhada no próximo item, deverá ser aceita pelos Tribunais, ainda que de forma excepcional, até que se aprovem leis específicas sobre superendividamento.

13.6 REVISÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS EXISTENCIAIS E INTEREMPRESARIAIS

A sociedade pós-moderna é permeada por elevado consumismo e uma dispersão de valores. Em razão disso, para o preenchimento dos vazios axiológicos de conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais que integram o Código Civil mostraram-se eficientes para demonstrar o funcionamento eficaz da operabilidade com vistas à promoção da socialidade e da eticidade.

²⁹⁶ CEZAR, Fernanda Moreira. O consumidor superendividado: por uma tutela jurídica à luz do direito civil constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.63 jul-set, 2007, p. 158.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 159.

A autonomia privada relaciona-se com a liberdade de os indivíduos se autorregularem por meio dos negócios jurídicos, sendo lastro para os princípios da liberdade contratual, do consensualismo e da relatividade contratual. Observa-se, atualmente, o declínio da liberdade de escolha e o crescimento dos contratos de massa.

A substituição do modelo individual de contrato pelos preceitos do grupo e da solidariedade foi destacada como um condutor de mudanças revolucionárias no direito contratual, especialmente as mudanças trazidas pelo direito do consumidor. Provocaram alterações relevantes especialmente as condições gerais do contrato e outras categorias que não referentes a consumidores, como as operadoras de plano de saúde²⁹⁸.

Assim, considerando a função do primado da dignidade da pessoa humana, que se espalha pelo sistema jurídico, os contratos existenciais exigirão uma exegese em juízo de ponderação maior na aplicação dos princípios sociais quando cotejados com a autonomia privada²⁹⁹.

Por outro lado, nos contratos interempresariais, desprovidos de qualquer hipossuficiência, a autonomia privada terá maior peso e interesse quando proporcionalizada com os demais princípios sociais. Estes não serão ignorados, mas terão aplicação em menor grau, sob pena de obstaculizar o tráfego contratual, com a propagação de externalidades negativas para o corpo social³⁰⁰.

Com o esgotamento do liberalismo, houve uma mudança de paradigmas que culminaram com o nascimento de novos princípios sociais, mitigadores da autonomia privada, os quais se transformaram em cláusulas gerais, e a Constituição passou a desempenhar papel central, com o desenvolvimento da exegese da sua interpretação.

A atual função social do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e altamente informatizada. Se as relações consumeristas têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação das riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade humana em vários *status*, inclusive no papel de consumidor na sociedade de consumo atual.³⁰¹

Assim, conforme já discorrido, o elemento distintivo para os contratos existenciais e empresariais é o subjetivo, pois o que deve ser ponderado é a proteção do

²⁹⁸ FEITOSA, op. cit., p. 567.

²⁹⁹ MORSELLO, op. cit., p.293.

³⁰⁰ Idem

³⁰¹ MARQUES. Introdução ao direito do consumidor In: BENJAMIN; MARQUES e BESSA, op. cit., p. 45.

ser humano. O contrato existencial envolve a pessoa humana com todos os seus atributos, incluindo os direitos da personalidade, integridade física e psíquica.

Azevedo admite a utilização de critérios objetivos em casos excepcionais, na hipótese de se tratar de pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Por contrato empresarial, há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não empresárias ou, como é frequente, aquele em que somente uma parte é não empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros.

O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante³⁰².

Para o consumidor, o Sistema de Defesa do Consumidor proporciona uma proteção abrangente e eficaz, contudo a complexa realidade contratual econômica tornou insuficiente algumas categorias contratuais, especialmente os contratos de adesão, paritários, além dos contratos comuns. Deve haver, ainda, atenção especial para os contratos celebrados por pessoa natural que não se enquadram na modalidade de consumo e impõem proteção qualificada, pois se constata a existência de hipossuficiência.

Seguem precedentes dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, os quais refletem esse entendimento:

“‘Ultra’ e ‘extra petita’ Caracterização: hipótese em que a sentença avançou onde não devia, impondo obrigação diversa daquela descrita no pedido. Nulidade, contudo, não caracterizada, bastando eliminar a parte que constitui o excesso do julgado. Precedente do STJ Recurso desprovido. Plano de Saúde. Empregado demitido sem justa causa. Manutenção do ajuste. Possibilidade pelo prazo máximo de 24 meses. Critério objetivo necessário. Precedentes desta Corte Art. 30, caput, c.c. seu § 1º, da Lei nº 9.656/98. **Contrato existencial em que o princípio da função social alça espectro diferenciado. Hipótese em que a notícia do câncer sobreveio no curso da prorrogação de**

³⁰² Relatório brasileiro sobre revisão contratual... In: Azevedo, op. cit., p. 186.

cobertura, daí ser razoável modular os efeitos do resultado no intuito de preservar o que já se ultimou ao longo do tempo. Teoria do fato consumado a chancelar o tratamento que se dispensou com base em decisão judicial preclusa. Prevalência da dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucionalmente esperada. Consumidor que ainda pode aderir a outro ajuste, individual ou familiar, com dispensa de carência. Opção a ser exercida dentro de 30 dias do trânsito em julgado. Aplicação analógica da Res. nº 19/1999 do CONSU (artigos 1º e 2º). Busca do equilíbrio que atua como pedra angular das relações de consumo Recurso parcialmente provido.” (TJ/SP, Apelação Cível n.º 0110211-17.2011.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ferreira da Cruz, julgado em 12/09/2012) (grifos nossos).

“Agravado de Instrumento. Relação de Consumo. A temática irresignatória está afeta a ato judicial que deferiu Tutela Provisória de Urgência, determinando a limitação de incidência de descontos decorrentes de empréstimos bancários consignados ao limite de 30% (trinta por cento) do valor da remuneração (líquida), destacando que o eventual descumprimento de tal comando poderá acarretar o pagamento de multa mensal de valor equivalente a R\$1.000,00 (mil reais), que será devida até o efetivo adimplemento da ordem. **Esta Egrégia Câmara já concluiu, na apreciação de hipóteses idênticas, que o salário é meio de sobrevivência, não sendo possível que o cumprimento do contrato se realize em detrimento da subsistência do agravado, sob pena de nítida afronta aos princípios do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Cumpre destacar que a vigência do Decreto 45.563/2016, é para contratos de créditos consignados celebrados após janeiro de 2016, portanto não se aplicando ao contrato em espécie.** No entanto, havendo norma específica para Servidores Públicos Militares Estaduais, não se pode recorrer ao recurso subsidiário da analogia para aplicar normas expressamente destinadas a outras categorias. Os Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, sejam ativos, inativos ou pensionistas, são destinatários de legislação específica sobre a consignação facultativa em folha de pagamento: Lei Estadual nº 5.294/2008, regulamentada pelo Decreto nº 25.547/99, na redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 27.232/2000. Norma específica para servidor público estadual, cujo percentual é de 40%, nos termos do art. 3º do decreto estadual nº 25.547/99. Aplicável, no que couber aos militares, ativos ou inativos, conforme parágrafo único do art. 1º. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal de Justiça. RECURSO CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO, para, mantendo a antecipação dos efeitos da tutela, determinar que os descontos no contracheque do autor sejam limitados a 40% (quarenta por cento) de seu salário e excluir a

multa pecuniária arbitrada para o caso de descumprimento da decisão e determinar expedição de novo ofício com a alteração do percentual da limitação.” (TJ/RJ, Agravo de Instrumento n.º 0029949-11.2016.8.19.0000, 23ª Câmara Cível do Consumidor, Rel. Murilo Kieling, julgado em 21/09/2016) (grifos nossos).

“Apelação Cível. Negócios Jurídicos Bancários. Limitação dos descontos realizados em folha de pagamento. Possibilidade. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Procedência. I. Não está legitimada para figurar no polo passivo da ação que visa à limitação dos descontos em folha a entidade que atuou, tão somente, na condição de intermediária na contratação celebrada entre o autor e a instituição financeira, não tendo qualquer ingerência na avença realizada com o mutuante. Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida. II. Tendo a instituição financeira realizado descontos na folha do correntista, tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. III. **O posicionamento majoritário desta Câmara é no sentido de que são permitidos os descontos em conta-corrente/folha de pagamento, desde que observado o limite de 30% dos vencimentos brutos, pena de ofensa ao mínimo existencial decorrente do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. No caso dos autos, os descontos são limitados em 70% dos rendimentos brutos do autor, conforme postulado na petição inicial. IV. Os descontos não constituem ato ilícito, mas sim uma forma original pactuada entre as partes quanto aos termos do pagamento, e que, posteriormente, se tornou muito onerosa para o consumidor, necessitando revisão.** Inexistência de dano moral. V. O critério para a limitação dos descontos deve considerar a ordem cronológica de contratação dos empréstimos. VI. Inviável a descaracterização da mora quando ausente abusividade. VII. Prequestionamento da matéria abordada nos autos. Preliminar de ilegitimidade passiva da Ré Coopsergs S/A acolhida. Preliminar de Ilegitimidade passiva da Ré Sul Financeira S/A rejeitada. Apelo do Réu Portocred S/A provido. Apelo do Autor e demais Réus desprovidos. Unânime.” (TJ/RS, Apelação Cível nº 70061576450, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Liege Puricelli Pires, Julgado em 10/09/2015) (grifos nossos).

Ao se analisar os princípios contratuais, emergem de forma significativa os princípios sociais que integram a nova realidade contratual. O exegeta, ao cotejar os contratos existenciais e os de lucro, deve analisar os princípios sociais à luz da nova realidade contratual. Assim, conforme exposto acima (itens 9.2.1 e 11.1), a boa-fé objetiva é valor estruturante de eticidade a todas as relações jurídicas de direito privado. A boa-fé

objetiva³⁰³ deixou de ser um princípio geral no ordenamento e foi alçada à condição de cláusula geral, pois foi positivada no artigo 422 do Código Civil e no artigo 4º, inciso III do Sistema de Defesa do Consumidor.

A boa-fé objetiva abrange, ainda, todas as fases contratuais, ou seja, fase pré-execução, contratual e pós-contratual³⁰⁴. Impõe-se, ainda, o dever de informar, para evitar lesões ao patrimônio das partes, exigindo-se o fornecimento de informações sobre a futura avença. Para os contratos existenciais, o dever de informar deve ser completo e abrangente, já que poderá influir no motivo determinante da contratação. Essa realidade não se verifica na seara dos contratos de lucro³⁰⁵.

A função social, por seu turno, opera a funcionalização do poder negocial, vez que é submetido a interesses coletivos que não se prendem aos escopos individuais com visão atomística, de forma a permear, na seara no tráfego contratual, trocas justas e legítimas.

Destacam-se funções de relevância fundamental, pois a função social visa proteger interesses metaindividuais e a ineficácia superveniente do contrato, pois não se devem tutelar negócios jurídicos cujos fins se tornaram inúteis. Nesse ponto, ao ponderar-se a aplicação dos princípios sociais aos contratos existenciais, a densidade exegética será mais intensa que os contratos de lucro.

Cabe mencionar, ainda, que nem todos os contratos de consumo podem ser classificados como existenciais, pois muitas das relações de consumo têm como objeto o consumo de produtos e fruição de serviços supérfluos. Não se consome apenas o que se precisa. Há um insuflamento a cargo da publicidade, que produz necessidades artificiais e, simultaneamente, oferece o meio de se satisfazê-las³⁰⁶.

Assim, à luz dos contratos existenciais e considerando a proteção da parte mais fraca, os princípios sociais exercerão um protagonismo e serão preponderantes diante do princípio da autonomia das partes nos contratos que se referem à subsistência humana (contratos de consumo, trabalho, locação residencial e aquisição de casa

³⁰³ “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 exigência de comportamento leal dos contratantes”. (JORNADA I de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça, Conclusão n.º 26).

³⁰⁴ Jornada I, STJ 25, Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual. Jornada III, STJ 170, Art. 422: 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.

³⁰⁵ MORSELLO, op. cit., p. 302.

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 400.

própria).³⁰⁷ Já os contratos de lucro apresentam outro tipo de tratamento interpretativo, fundados nos usos e nos costumes do tráfego contratual (dever de informar e colaborar).

Ademais, os contratos empresariais não permitem a revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva³⁰⁸. Os princípios sociais terão ampla aplicação nos contratos existenciais, impondo-se o equilíbrio econômico desde o início da formação do vínculo, passando pela fase de execução e aplicando-se a onerosidade excessiva, caso se constate desequilíbrio econômico superveniente do contrato.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior também discorre sobre a importância de distinguir os contratos não empresariais (existenciais) dos contratos empresariais (de lucro), porque os contratos não empresariais (ou existenciais) admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social, enquanto nos contratos empresariais (de lucro) essa intervenção heterônoma seria de menor força. A reduzida intervenção judicial nesse caso deriva da própria atividade de risco, que possui o escopo de lucro, com finalidade patrimonial.³⁰⁹ Assim, incumbe às partes os cuidados que devam adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão³¹⁰.

Parte da doutrina³¹¹ discorre sobre os perigos da excessiva proteção do Estado, pois pode gerar externalidades negativas³¹² e colocar em xeque a relação entre Estado e mercado. Por outro lado, o contrato é um instituto que garante fluidez das

³⁰⁷ MORSELLO, op. cit., p. 305.

³⁰⁸ Relatório brasileiro sobre revisão contratual... In: Azevedo. Estudos, p. 185.

³⁰⁹ Nesse sentido, conferir julgado do TJ/SP que trata sobre ação de revisão judicial entre duas sociedades empresárias: “Observa-se inicialmente que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de relacionamento interempresarial. Não há incidência das regras protecionistas nas relações entre empresários, como é o caso dos autos, em que todos os litigantes são empresas de segmentos distintos oferecendo bens e serviços à cadeia de produção”. (TJ/SP, Apelação Cível n.º 0028163-92.2011.8.26.0005, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 16/12/13).

³¹⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 45, janeiro-março 2011, p. 91-111.

³¹¹ “Nesse sentido, a excessiva intervenção judicial nos contratos podem trazer instabilidade jurídica e insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos. Além disso, a excessiva intervenção judicial pode gerar externalidades negativas (i. e., efeitos a serem suportados por terceiros), porquanto o risco de perda ou perda efetiva do litígio pela parte mais forte tende a respingar ou ser repassado para a coletividade, que acaba pagando para o mais fraco judicialmente protegido” (TIM, Luciano Benetti. Justiça Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 876, out. 2008, p. 14).

³¹² Externalidade, termo largamente empregado por economistas, ligado a benefícios ou custos nascidos e presos ao exercício da atividade que não são suportados pelo seu exercente, por quem lhes dá causa, mas recaem sobre terceiros, ‘externos’ a sua origem, pessoa, grupos de pessoas ou a sociedade. Externalidades são comuns na vida de relação e, muitas vezes, são desejadas e fomentadas. Os efeitos, positivos ou negativos, decorrentes da ação de algum agente econômico, particular ou do Estado, podem recair ou afetar pessoas não acopladas a ela, atividade. Externalidade é, portanto, o efeito experimentado por alguém, mas que deriva de ato, fato ou ação de outrem. (SZTAJN, op. cit., p.7).

relações econômicas e necessita manter um núcleo atomístico, autorizativo do exercício da liberdade contratual e da autonomia privada. Os princípios sociais vigentes circundam essa realidade³¹³.

Contudo, conforme ficou demonstrado, inclusive pelas sucessivas crises econômicas, não se pode deixar que todos os contratos tenham autorregulação exclusiva pelos seus sujeitos contratuais. A intervenção heterônoma estatal, seja pelas normas cogentes, seja pela revisão judicial, é necessária, sobretudo, para os contratos existenciais. A régua utilizada para se mensurar a densidade de aplicação dos princípios sociais é exatamente a diferenciação entre as relações interempresariais e os vínculos contratuais em que se encontra em um dos polos um hipossuficiente.

Não se pode aplicar o mesmo *standard* de proteção para os contratos paritários, pois certamente dificultaria a circulação de bens e riquezas em virtude da livre-iniciativa. Nesse caso, por óbvio, é necessário calibrar maior peso à autonomia privada, quando cotejada aos princípios sociais, sendo relevantes a análise econômica e sua repercussão negativa em eventual *spreading* do risco negocial ao corpo social³¹⁴.

Por fim, necessário destacar que não há o menor sentido em se prevalecer a interpretação maximalista do Sistema de Defesa do Consumidor, pois a um só tempo ocorreria *spreading* social negativo, bem como a diminuição do padrão de proteção ao modelo jurídico de contrato existencial.

13.7 Contratos relacionais e a revisão judicial

A sociedade de massa contribui para a ampliação da natureza relacional dos contratos de consumo em relação aos contratos descontínuos³¹⁵. A teoria clássica

³¹³ FEITOSA, op. cit. p. 567.

³¹⁴ MORSELLO, op. cit., p.306.

³¹⁵ As principais diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos podem ser resumidas da seguinte maneira: em primeiro lugar, é impossível especificar o contrato relacional em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Nesse sentido, ele é um contrato muito mais aberto e flexível. Isso porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos de ajuste nos contratos relacionais. A sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas (ainda que mais aberta em relação à teoria clássica) para os reajustes contratuais (...). O contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica dominante é capaz de admitir e incorporar, uma dimensão processual que adquire a forma reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade de justiça contratual. Por fim, os contratos relacionais envolvem relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes. (MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Direito à informação nos contratos relacionais de consumo** In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM,

contempla o contrato como algo isolado e descontínuo, contudo, na atualidade, cada vez mais são celebrados procedimentos de atuação, regras que as partes deverão obedecer e irão se esclarecendo ao longo do processo de cumprimento³¹⁶.

Não há dúvida de que a realidade dos contratos relacionais impõe um novo paradigma, pois eles devem deixar indeterminadas várias cláusulas a serem definidas no curso da execução, autorizando espaço para atuação da boa-fé, da equidade e do fim social do contrato. Assim, considerando a dinâmica dos ajustes, a renegociação é a via mais indicada e adequada para a acomodação dos interesses das partes.

Para os contratos empresariais ou de lucro, o modelo relacional é o que melhor se coaduna com a sistemática empresarial. A negociação é elemento essencial quando ocorrerem discordâncias quanto ao desenrolar do programa contratual, ao mesmo tempo em que obriga a lidar com cláusulas intencionalmente deixadas em branco para futura renegociação ou que, pela concepção tradicional, seriam inválidas³¹⁷.

De toda forma, no âmbito da renegociação frustrada do contrato empresarial, ou de assunção de desequilíbrio econômico superveniente, caberá a intervenção de terceiros, seja judicial, seja por meio de arbitragem.

No contrato relacional, há a substituição da lógica egoística pela cooperativa. O relacionamento de longa duração, bem como o advento de novas situações, exige que o comportamento das partes seja analisado à luz da boa-fé objetiva, da função social e da equidade, pois as lacunas do contrato relacional aumentam a necessidade de as partes se utilizar de um comportamento colaborativo.³¹⁸

Na órbita dos contratos empresariais, na impossibilidade da renegociação em razão de desequilíbrio econômico superveniente, caberá a intervenção do Judiciário (arts. 478 a 480 do Código Civil, ou da arbitragem). Veja-se, ainda, que o artigo 479 do Código Civil aponta para o estímulo das partes com vistas à renegociação dos termos do contrato.

Para os contratos relacionais de consumo, notadamente se destacam os existenciais, conforme explicado no tópico anterior. Assim, nos contratos existenciais relacionais, há o elemento “catividade” ou “dependência dos clientes”, consumidores³¹⁹.

Bruno (org.). **Proteção da confiança e práticas comerciais**. Doutrinas Essenciais, vol. III – Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 664-665).

³¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t 1, p. 51.

³¹⁷ AGUIAR JR. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**, p. 98.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 99.

³¹⁹ MARQUES. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 68.

Essa posição de dependência, conforme retratada por Marques, deve ser entendida no exame atual das relações, onde determinados serviços prestados no mercado prometem ao consumidor e sua família ‘status’, ‘segurança’, ‘crédito renovado’, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro. A catividade deve ser entendida como indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade e métodos agressivos de marketing³²⁰.

Assim, os contratos de seguro, de prestação de serviços educacionais, de previdência privada, de serviços financeiros, têm como base a solidariedade, a cooperação e a confiança. O modelo de contrato relacional tem a concepção de um ajuste aberto, contínuo, duradouro e pode ser modificável pelos usos e costumes ali desenvolvidos e pela necessidade das partes.

Qualquer interferência nos contratos relacionais de consumo por ocasião de superveniente desequilíbrio econômico leva à aplicação da revisão judicial em razão da onerosidade excessiva (caso do *leasing*, item 13.313.3), bem como à infringência dos deveres de lealdade, confiança e cooperação, os quais devem ser corrigidos pela atuação do Judiciário, conforme se observa pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SEGURO DE VIDA. CONTRATO RELACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO ABRUPTA DOS VALORES CONTRATADOS. MANUTENÇÃO DO CONTRATO NOS MOLDES ANTERIORES. PRECEDENTES. 1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem manifesta-se de forma clara e suficiente acerca da matéria que lhe é submetida à apreciação, sendo desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte. 2. **Impossibilidade de rescisão unilateral ou majoração abrupta dos valores relativos ao seguro de vida contratado, tratando-se de contrato relacional, sob pena de ofensa dos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade.** Precedente. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ, AgRg no REsp 1166584/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 14/05/2012) (grifos nossos).

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZOS PELA SEGURADORA, MEDIANTE A ELABORAÇÃO DE NOVO

³²⁰ MARQUES. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, p. 68

CÁLCULO ATUARIAL. NOTIFICAÇÃO, DIRIGIDA AO CONSUMIDOR, DA INTENÇÃO DA SEGURADORA DE NÃO RENOVAR O CONTRATO, OFERECENDO-SE A ELE DIVERSAS OPÇÕES DE NOVOS SEGUROS, TODAS MAIS ONEROSAS. CONTRATOS RELACIONAIS. DIREITOS E DEVERES ANEXOS. LEALDADE, COOPERAÇÃO, PROTEÇÃO DA SEGURANÇA E BOA FÉ OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA. 1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. 2. **Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.** 3. **Constatado prejuízo pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente.** Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados. 4. **A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer.** 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1073595/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, DJe 29/04/2011) (grifos nossos).

De acordo com os princípios que permeiam os contratos relacionais de consumo, há a vedação da onerosidade excessiva em contraposição à lucratividade excessiva. É vedada, portanto, a obtenção de vantagem excessiva ao prestador de serviços

ou fornecedor na relação de consumo, tendo em vista as justas expectativas³²¹ de consumidores normais envolvidos em determinada transação de consumo. Macedo Jr. aponta que não é demais insistir que o princípio da excessividade define-se segundo um critério cambiante de normalidade, não mais reportável a uma situação ideal ou hipotética, definível apenas a partir de critérios abstratos e não referidos a configurações institucionais e contextuais específicas³²².

Dessa forma, para os contratos cativos de longa duração, a possibilidade de revisão judicial persiste, pois, conforme acima asseverado, na hipótese de superveniente alteração do equilíbrio econômico do contrato, ou, ainda, na ocorrência de infração aos deveres de cooperação, informação e lealdade contratual, há a possibilidade da intervenção judicial requerida pela parte prejudicada, com vistas à busca de provimento jurisdicional consubstanciado na resolução do contrato, ou, ainda, na revisão da cláusula que ocasionou o desequilíbrio.

³²¹ “A teoria da confiança tem sido difundida principalmente na Alemanha em substituição às teses opostas do voluntarismo jurídico, defendidas pelos pandectistas. Representa, com efeito, o abandono da posição marcadamente individualista que caracterizava, de modo mais incisivo, a *Willenstheorie*. Constitui a teoria da confiança abrandamento da *Erklärungstheorie*, que concede prelázia da declaração sobre a vontade sob o fundamento de que o direito deve visar antes a certeza do que a verdade. Também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência de vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé em quem acreditou ser verdadeira.” (GOMES. Introdução ao problema da revisão dos contratos, p. 15)

³²² MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 223 e 224.

14 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho objetivou-se, além de debater a alteração de circunstância nos contratos, responder quais são as diferenças entre os sistemas revisionistas do Código Civil e os do Sistema de Defesa do Consumidor. Foi visto que os direitos de liberdade e propriedade necessitam de perpetuidade, contudo importantes eventos ocorridos nos séculos XIX e XX apontaram que os postulados contratuais tradicionais são insuficientes para resolver problemas oriundos de uma sociedade de massa, bem como da despersonalização dos contratos.

O Código Civil deixou de ser o núcleo das relações de direito e houve a proliferação dos chamados microssistemas jurídicos, tais como o Sistema de Defesa do Consumidor. O Sistema de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) foi promulgado muito antes do atual Código Civil (2002), contudo já tinha incorporado as influências das modernas legislações consumeristas. Abarcou as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato, da solidariedade, da vulnerabilidade, dentre outras.

A revisão contratual preconizada no Sistema de Defesa do Consumidor, em comparação com o sistema adotado pelo Código Civil, necessita de menos pressupostos. E assim deve ser, pois o consumidor é, por excelência, dotado de hipossuficiência e vulnerabilidade e necessita de tutela jurisdicional diferenciada.

Além de analisar as diferenças entre os dois sistemas revisionistas, foi feita a análise da revisão dos contratos de consumo nos cenários dos contratos existenciais, relacionais e de concessão de crédito quando há superendividamento.

Em síntese:

1) A análise da cláusula *rebus sic stantibus*, como conceito geral de alteração de circunstâncias, mostra que ela poderia ser aplicada em contratos de execução continuada ou diferida para sua resolução ou revisão, quando se verificasse a ocorrência de fato superveniente com certa imprevisibilidade e com grave desequilíbrio contratual.

2) Para os romanos, a ideia geral da cláusula *rebus sic stantibus* era pouco nítida, contudo eles conheciam, em termos filosófico-literários e jurídicos, a importância nas situações humanas das modificações fáticas.

3) Os filósofos e canonistas formularam ideias mais precisas sobre o tema. As ideias dos canonistas encontraram receptividade no Direito Canônico e nos Tribunais

Eclesiásticos, com a vedação do enriquecimento à custa do outro. Com a introdução do método da glosa, a cláusula *rebus sic stantibus* começou a ser amplamente divulgada.

4) A primeira teorização da cláusula *rebus sic stantibus* se deu em 1500 com Alciato. Para o referido jurisconsulto, só o contrato de trato sucessivo ou execução diferida, como principal fonte de obrigação, encontra-se sujeito à regra da cláusula *rebus sic stantibus*.

5) A partir do século XVIII e início do século XIX, a cláusula *rebus sic stantibus* perde importância e é relegada ao ostracismo na Europa, sobretudo na Alemanha, na França e na Itália, pois aquela época experimentava moedas fortes e monarquias bem constituídas. Prevalencia o princípio da autonomia da vontade sem nenhuma temperança.

6) Novos estudos sobre a alteração das circunstâncias no contrato foram realizados. A escola alemã pandectística, notadamente, abandonou a *cláusula rebus sic stantibus* com a teoria da pressuposição. Quem manifesta sua vontade sob uma pressuposição deseja que o efeito jurídico exista somente dentro de certo estado das coisas. Se houver alguma modificação na execução, isto é, se não corresponder ao querer exato do autor da declaração de vontade, existirá uma exceção em face da parte que busca fazer valer a declaração, cuja pressuposição deixou de se realizar. Assim, a modificação do contrato somente pode ocorrer pela vontade humana. No entanto, a referida teoria padece de insegurança jurídica, vez que a pressuposição abriria as portas dos motivos.

7) Na sequência, a escola alemã, capitaneada por Paul Oertmann e Karl Larenz, desenvolveu a teoria da base do negócio, que se dividiu em: a) base subjetiva – representação mental dos contratantes pela qual ambos partiram para celebrar o contrato. Se a representação não se realiza, cada uma das partes incorreu em erro dos motivos que se refere a uma situação concluída por ambas, admitida, ou seja, há uma pressuposição comum a ambas; b) base objetiva – é o conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, de acordo com o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido. A base objetiva desaparecerá se ocorrer o desaparecimento da relação de equivalência.

8) A teoria de base subjetiva padece ao privilegiar o elevado nível de subjetividade; sua concepção voluntarista do negócio jurídico não se liberta do conceito subjetivo, que é próprio do conceito de pressuposição.

9) A base objetiva tem sua importância no sistema revisionista, pois a principal fundamentação reside na boa-fé objetiva, autorizando o Judiciário, na hipótese de rompimento da base objetiva, adaptar a avença às novas realidades e também proporcionar o direito da parte prejudicada resolver o contrato.

10) Os franceses desenvolveram a teoria da imprevisão com a finalidade de se aferir os limites para se resolver ou aplicar a revisão dos contratos por intermédio do Judiciário. A referida teoria nasceu da jurisprudência administrativa oriunda dos graves desequilíbrios provocados pelas duas Grandes Guerras Mundiais.

11) A escola italiana, por seu turno, desenvolveu o conceito de “superveniência”, isto é, alteração ocorrida depois da conclusão do contrato e antes da sua completa execução, o qual muda por completo o contexto de atuação do programa contratual, surgindo, dessa forma, a onerosidade excessiva. A onerosidade excessiva vem concebida como uma perturbação do equilíbrio contratual determinado entre a prestação devida e a contraprestação, afetando o sinalagma.

12) O Código Civil Italiano de 1942 prevê a inserção da excessiva onerosidade como uma das causas de resolução os contratos. Assim, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, em razão de eventos extraordinários e imprevisos, a parte prejudicada pode postular em juízo a resolução do contrato, desde que a referida onerosidade esteja dentro da álea normal do contrato.

13) No direito brasileiro, o acolhimento da teoria sobre alteração das circunstâncias se deu pela jurisprudência a partir das décadas de 1940 e 1950, pois o Código Civil de 1916 não contemplava de forma expressa a revisão dos contratos. Contudo, a doutrina continuou a estudar a matéria com as referidas análises jurisprudenciais, as quais agregaram outras contribuições ao tema da revisão dos contratos.

14) Os contratos passaram por significativas mudanças, como o surgimento de serviços massificados, a constitucionalização do Direito Civil, a aplicação de critérios distintivos de justiça contratual para o vulnerável, o aumento da força da cláusula geral da boa-fé, a revisão dos contratos, bem como a mudança da situação de antagonismo para um cooperativismo entre as partes.

15) Em 2002, foi promulgado o Código Civil, que positivou a revisão do contrato com a necessidade de se observar estes requisitos: existência de um contrato de trato sucessivo, ocorrência de fato superveniente, extraordinário e imprevisível e causação de onerosidade excessiva para uma das partes e vantagem extrema para a outra.

O Código Civil inseriu parâmetros dotados de socialidade e eticidade, que, à semelhança do Sistema de Defesa do Consumidor de 1990 – o qual já tinha positivado a boa-fé objetiva –, inseriu a teoria geral dos contratos em patamar sintonizado com os anseios da sociedade contemporânea.

16) O Sistema de Defesa do Consumidor visa proteger o vulnerável e não serve para proteger relações entre pessoas jurídicas no exercício da atividade empresarial. O Código Civil, por seu turno, destina-se a ser aplicado aos iguais. A teoria finalista é a mais aceita pela doutrina e também é aplicada pelo Judiciário, pois o conceito de consumidor entende-se em sua acepção subjetiva, ou seja, consumidor é aquele que retira bens ou serviço do mercado e efetivamente os utiliza. Acresça-se, ainda, que, para a análise, mesmo considerando pessoa jurídica a que adquira bens ou serviços fora de seu *core business*, é possível constatar em alguns casos vulnerabilidade e enquadrá-la como consumidor.

17) Para a revisão dos contratos no âmbito do Sistema de Defesa do Consumidor, é preciso observar menos requisitos que o Código Civil: basta a verificação da onerosidade excessiva, não havendo que se ponderar a extraordinariedade e a imprevisibilidade do evento. O *leasing* cambial foi o principal *case* sobre a assunção de onerosidade excessiva no âmbito consumerista, de forma que o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido da repartição dos prejuízos, apesar de os riscos da desvalorização cambial já estar devidamente precificados pelos bancos.

18) Apesar da exceção da ruína pessoal não se configurar como alteração das circunstâncias, considerando o Sistema de Defesa do Consumidor, em razão da vulnerabilidade do consumidor em determinadas atividades econômicas, sobretudo na concessão de crédito de forma indiscriminada e não considerando a solvabilidade do tomador de crédito, é possível utilizar a revisão contratual, servindo como balizas os parâmetros previstos no artigo 6º, V do Sistema de Defesa do Consumidor.

19) O advento do modelo de grupo e da solidariedade provocou alterações relevantes no panorama contratual. Para os contratos existenciais (contratos de consumo, trabalho, locação residencial e aquisição de casa própria), os princípios sociais exercerão uma maior influência e serão decisivos quando cotejados com o princípio da autonomia da vontade. Os contratos empresariais são desprovidos de qualquer hipossuficiência e vulnerabilidade, de forma que os princípios sociais não serão ignorados, mas terão aplicação em menor grau.

20) Nos contratos relacionais empresariais, com cláusulas a serem definidas no curso da execução, é possível a revisão contratual na impossibilidade de renegociação. Para os contratos relacionais existenciais, há o elemento “catividade” ou “dependência dos clientes”, consumidores. A catividade deve ser entendida como indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade agressiva. Há a vedação da onerosidade excessiva em contraposição à lucratividade excessiva. Não se permite, portanto, a obtenção de vantagem excessiva ao prestador de serviços ou fornecedor na relação contratual, tendo em vista as justas expectativas do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 14, p. 20, abr-jun, 1995.

_____. Código Civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, p. 18-31, maio de 2000.

_____. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de Convergência. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). **Doutrinas Essenciais do Consumidor**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 91-111, jan-mar, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

ANDREWS, Neil. **Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral** – Vol. II, 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

AQUINO, São Tomas de. **Suma de Teología**. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-Alteracao-das-circunstancias-e-justica-contratual-no-novo-codigo-civil.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 25, ano 7, jan./mar. 2006.

AZARA, António & EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**, v I. Torino: Unione Tipografico, 1975.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. (Parecer) O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para direito de indenização na responsabilidade civil. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O direito pós-moderno e a codificação. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). **Doutrinas Essenciais do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, abr. 1998, p. 116.

_____. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). Tese para o Concurso de Professor Titular de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 1986.

BARCELLONA, Pietro. **Intervento statale e autonomia privata**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.

BENACHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do banco por concessão abusiva do crédito. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo. **Contratos bancários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 628, p.69-79, fev. 1988.

BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BERSSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.

BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito** – o caso da Revisão dos Contratos de Leasing. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da Imprevisão: sentido atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 679, maio de 1992, p. 19-29.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Nuovi studi di teoria generale del Diritto. Roma: Laterza, 2007.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 782, dezembro, 2000.

BOSELLI, Aldo. Eccessiva Onerosità. In: AZARA, António & EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**, v I. Torino: Unione Tipografico, 1975.

BUCKLEY, F. H. (org.). **The fall and rise of freedom of contract**. Londres: Duke University Press, 1999.

CARDILLI, Ricardo. Imprevisión y riesgos contractuales en el sistema jurídico romanista. In: ESBORRAZ, David Fabio (org.). **Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho de los Contratos**. México: Editorial Porrúa, 2006.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. **A teoria da Imprevisão no Direito Civil Português**. Lisboa: Quid Juris, 2001.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **O Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CEZAR, Fernanda Moreira. O consumidor superendividado: por uma tutela jurídica à luz do direito civil constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>> Acesso em: 18 de ago. 2016.

CÓDIGO CIVIL ITALIANO. Disponível em: <https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/politics/research/statorg/italy/ngo/Association_Law_-_Codice_Civile.pdf> Acesso em: 29 ago. 2016

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. Boston: Pearson, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. **A modernização do direito das obrigações – direito da perturbação das prestações**. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=13744&ida=13767> Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

CORDEIRO. Eros Belin de Moura. A Revisão dos Contratos na Nova Sistemática Codificada Brasileira e a Constituição do Brasil. Dissertação defendida na Universidade Federal do Paraná, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008531.pdf>> Acesso em: 18 set. de 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1991.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 655, maio 1990, p. 7-11.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2008.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. In: FERNANDES, Wanderley (coord.) et al. **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos – Teoria das Obrigações Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva 1999.

EPSTEIN, Richard A. Contracts Small and Contract Large: Contract Law through the lens of Laissez-Faire. In: BUCKLEY, F. H. (org.). **The fall and rise of freedom of contract**. Londres: Duke University Press, 1999.

ESBORRAZ, David Fabio (org.). **Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho de los Contratos**. México: Editorial Porrúa, 2006.

FALZEA, Angelo; GROSSI, Paolo; CHELI, Enzo. **Enciclopedia del Diritto Annali – vol.2**. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português**. Lisboa: Quid Juris – Sociedade Editora, 2001.

FERNANDES, Wanderley (coord.) et al. **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo. **Contratos bancários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

GHIRLANDA, Gianfranco. **Introdução ao Direito Eclesial**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

IUDICA, Giovanni e ZATTI, Paolo. **Trattato di Diritto Privato**. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

HONDIUS, Ewoud. The Notion of Consumer: European Union versus Member States. **Sidney Law Review**. Sidney, v. 28. Disponível em: <http://sydney.edu.au/law/slr/slr28_1/Hondius.pdf> Acesso em: 29 jun. 2015.

JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA, Antonio Jorge (coords.). **Direito dos contratos**. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

KLANG, Marcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. para o espanhol por Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002.

LIMA, Maria Lúcia L.M.P. (coord.). **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIU. Goodwin. Rethinking constitutional welfare rights. **Law Review**. Stanford, v. 208, Stanford Law School, 2008. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/Liu.pdf>> Acesso: em 04 ago. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais nos contratos no CDC e no CC. Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos, vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Código Civil Comentado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t 1.

LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L.M.P. (coord.). **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Proteção da confiança e práticas comerciais. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM (orgs.). **Direito à informação nos contratos relacionais de consumo**. Doutrinas Essenciais, vol. III – Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MADEIRA, Eliane Maria Agati. **A lesão** – contribuições da Romanística. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAGALHÃES, J. de Castro. (Parecer) A Cláusula Rebus Sic Stantibus. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. XXXIII, jan./jun. 1920.

MAIA, Paulo Carneiro. **Da Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Sergipe, n.º 7, 2004, p. 15-54. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/7.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (orgs.). **Manual do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.). **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). **Doutrinas Essenciais do Consumidor**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.). **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista de Direito GV**. Rio de Janeiro, vol. 1, maio 2005, p. 50.

_____. Do Direitos das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (org.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Mercado e solidariedade social entre ‘cosmos’ e ‘taxis’: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 670, ano 1991.

MARTINS PASSOS, Carlos Roberto e NOGAMI, Otto. **Princípios de Economia**. São Paulo: Thompson, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 1º volume**. São Paulo: Saraiva, 1960.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>> Acesso em: 02 ago. 2016.

MORAES, Renato José de. Os contratos de leasing e a alteração da política cambial brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 38, abr-jun., 2001.

_____. **Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano II**. Rio de Janeiro: Forense, 1980

_____. **Direito Romano I**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; ETTORE NANNI, Giovanni; MARTINS RODRIGUES, Fernando (org.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL: Livro 4, título 21. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p802.htm>> Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Livro 4, título 27. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p806.htm>> Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Livro 4, título 65. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p868.htm>> Acesso em: 13 ago. 2016.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade de informação II**. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Código Civil Comentado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, t. XXV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. **Tratado de Direito Privado**, t. XXII e XXIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. port. O. Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1937.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 3.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. Il contrato. In: IUDICA, Giovanni e ZATTI, Paolo. **Trattato di Diritto Privato**. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

SACCO, Rodolfo. Il contrato. In: VASSALI, Filippo. **Trattato di Diritto Civile Italiano**, v. 6, t. 2. Torino: Torinese, 1975.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L.M.P. (coord.). **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAVATIER, René. **La théorie des obligations**. Paris: Dalloz, 1974.

SIDOU, J.M. Othon. **A revisão dos contratos e outras figuras jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Ed. FGV, 2006.

_____. **A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro**. São Paulo: RT 655, maio de 1990.

SIMÃO FILHO, Adalberto. A sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade de informação II**. São Paulo: Atlas, 2009.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.º 133, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 3. São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (org.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. Justiça Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 876, out., 2008.

_____. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 844, fev. 2006.

VASSALI, Filippo. **Tratatto di Diritto Civile Italiano**, v. 6, t. 2. Torino: Torinese, 1975.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2004.

WIECKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito Contratual Contemporâneo – A liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2008.