

1. DOCTRINA NACIONAL

1.5

DUAS SUGESTÕES INTERPRETATIVAS PARA UM PRECEITO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Cioso da importância social representada pela promulgação de um novo Código Civil,¹ o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal sob a prestimosa direção de seu Coordenador-Geral, Min. Ari Pargendler, empreendeu, com sucesso, a III Jornada de Direito Civil, a qual teve lugar em Brasília, nos dias 01 a 03 de dezembro do ano de 2004.

O seu inegável êxito, demonstrado pela proposição de inúmeras tentativas de solução das diversas controvérsias exegéticas que ensejou o novel diploma, contou com a colaboração decisiva do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que, com incedível denodo, desincumbiu-se da coordenadoria científica dos trabalhos.

Tive a honra de participar do evento e, para fazer jus à confiança que me fora outorgada através de indicação do Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, amigo e operoso Diretor da Escola de Magistratura Federal do TRF da 5.^a Região, lancei-me à missão de elaborar enunciados, no total de dois, elegendo, para tanto, o art. 478 do Código Civil, dispositivo predisposto à disciplina do instituto da onerosidade excessiva.

Tendo em vista a extensão das justificativas que exarei por injunção regimental, resolvi publicá-las em forma de artigo, juntamente com o do texto aprovado, daí sobreindo alguns aditamentos e modificações nas suas motivações.

O primeiro dos enunciados, aprovado em co-autoria com proposição similar do Prof. Luís Renato Ferreira da Silva, alcançou a seguinte redação:

“A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, inseridas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação à ocorrência ao fato que venha a gerar o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz”.²

⁽¹⁾ George Rudé (*La Revolución Francesa*. Buenos Aires: Ediciones Argentinas, 2004, p. 232. Tradução: Aníbal Leal) noticia que a mais renomada das medidas sancionadas por Napoleão fora o Código Civil de 1804, tarefa da qual se orgulhara mais do que suas quarenta batalhas vitoriosas.

⁽²⁾ Disponível em http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/III_jornada/textos/ObrigaRespoCivil.doc.

De logo, ressalte-se que a nossa proposta original não fazia remissão ao qualificativo extraordinário,³ também constante da redação do art. 478 do Código Civil, o que decorreu de sugestão apresentada, com sutileza de raciocínio, pelo Prof. Luís Renato Ferreira da Silva, razão pela qual esse ponto não foi objeto de nosso comentário.

Com essa advertência, passemos à nossa justificativa, vazada nas linhas que seguem.

À minguia de precedente no diploma de 1916, constituiu importante inovação no plano do direito das obrigações o art. 478 do atual Código Civil, ao proclamar:

“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”.⁴

Referido dispositivo consagrou, em caráter genérico, a regra da resolução contratual por onerosidade excessiva, visando fincar, com solidez, as pilstras da justiça contratual.

Contudo, ao assim laborar, elencou como requisitos para que o instituto se torne operativo, a necessidade da extrema vantagem de uma das partes decorrer não só em face de fatos extraordinários, mas igualmente de acontecimentos imprevisíveis.⁵

⁽³⁾ O texto que propusemos foi o seguinte: “A menção à imprevisibilidade, inserta no art. 478 do CC, para o fim de possibilitar a resolução contratual por onerosidade excessiva, deve ser interpretada não em relação à ocorrência do fato que venha a gerar o desequilíbrio na avença, que poderá ser suscetível de previsão, mas sim no concernente às conseqüências que aquele chega a produzir”. Por sua vez, fato extraordinário nos fornece a idéia de algo fora do comum, excepcional, anormal etc.

⁽⁴⁾ Versa sobre o assunto também o art. 317 do mesmo diploma, relativo à disciplina do objeto do pagamento e sua prova, com a seguinte redação: “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”.

⁽⁵⁾ Parece que o legislador pátrio se guiou pelo art. 1.467 do Código Civil italiano de 1942: “Nos contratos de execução continuada, ou periódica, ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa pela verificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o devedor pode pleitear a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo art. 1.458. A resolução não pode ser pleiteada se a superveniente onerosidade se encontra na álea normal do contrato. A parte contra a qual é pleiteada a resolução pode evitá-la, oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do contrato”. (Nel 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 tal prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’ Art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la

Assim atuando, entrou em descompasso com o notado desenvolvimento do nosso ordenamento. Isto porque o Código de Defesa do Consumidor, ao enunciar os direitos básicos do consumidor, alude, no seu art. 6.º, V, à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Como visto, referido estatuto dispensa, numa atitude de aproximação do contrato à vida moderna, que o motivo da onerosidade seja respeitante a fatos imprevisíveis, orientação sufragada pelo STJ frente a litígios derivados de contratos de arrendamento mercantil celebrados com indexação em moeda estrangeira (dólar norte-americano), os quais foram acometidos por forte crise cambial durante o mês de janeiro de 1999.

Exemplificativo do entendimento jurisprudencial recaiu no REsp 361.694 – RS, relatado pela Min. Nancy Andrighi, em cuja ementa consta a seguinte formulação: “O preceito insculpido no inciso V do art. 6.º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor”.⁶

Mas não é só. Outros seguimentos do nosso direito positivo passaram, no particular do resguardo da persistência da comutatividade contratual, a perfilhar idêntica orientação.

A Lei 8.666/93, responsável pela disciplina dos contratos administrativos, ao se ocupar de sua alteração, dispõe, no art. 65, II, *d*, que esta poderá ter lugar

“para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impediti-

sopravenuta onerosità di modificare equamente lê condizioni del contrato). Tradução livre. Disponível em <http://www.studiocelentano.it>. Acesso em 12.03.2002. De modo idêntico, o art. 1.198, item segundo, do Código Civil argentino: “Nos contratos bilaterais comutativos, e nos unilaterais onerosos e comutativos, de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornara excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a onerosidade excessiva se produza por causas estranhas ao risco próprio do negócio” (En los contratos bilaterales comutativos y em los unilaterales onerosos y comutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excessivamente onerosa, por acontecimientos extraordinários e imprevisibles, la parte prejudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatórios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo próprio del contrato). Tradução livre. Disponível em <http://www.redetel.gov.ar>. Acesso em 04.10.2004.

⁶ 3.ª T., ac. un., DJU de 25.03.2002.

vos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.⁷

Dito diploma, de inegável atualidade, ameniza o rigor da imprevisibilidade requerida, a fim de que esta se refira não somente ao fato gerador do desequilíbrio, mas possa ser deduzido unicamente de suas conseqüências. Ao lançar seus comentários sobre o ponto em debate, enfatizou Marçal Justen Filho:⁸

“Assemelha-se à imprevisibilidade o caso que, embora previsível, tenha conseqüências que não possam ser evitadas. Isso se passa quando há possibilidade de prever o evento, mas inexistente providência alguma hábil a impedir a concretização do fato e de suas conseqüências. Isso se passa com eventos catastróficos cuja concretização é prevista pela ciência com alguma antecedência”.

Idêntica predisposição já permeia os sistemas jurídicos estrangeiros. O Código Civil português, promulgado pelo Dec.-lei 47.344, de 25.11.1966, versa o tema da resolução do contrato pela alteração das circunstâncias em que celebrado sem aludir à imprevisibilidade. Basta que se compulse o seu art. 437, n. 1.º, ao ditar:

“Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.⁹

Feitas essas observações, poder-se-á, num primeiro súbito de olhos, indagar se possível antinomia entre o art. 478 do Código Civil e os dispositivos da legislação citada resolver-se-ia, com facilidade, pela regra da especialidade.

Dessa maneira, não versando o contrato sobre a matéria regida por lei específica, aplicar-se-ia o preceito do Código Civil e a imprevisibilidade do fato causador do desequilíbrio seria inarredável.

Essa parece ser a opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior,¹⁰ para quem, apesar de visualizar imperfeição na redação do art. 478 do Código Civil, é claro quanto ao

(7) Interessante notar que, na província dos contratos administrativos, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra duplo lastro constitucional, seja como decorrência da consagração da moralidade como pauta de agir da Administração (art. 37, *caput*, da CF), seja pela referência explícita à garantia de manutenção das condições efetivas da proposta, constante do art. 37, XXI, da CF.

(8) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10.ª ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 531.

(9) Disponível em <http://www.mreis.pt/docs/cc.htm>. Acesso em: 30.09.2004.

(10) O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 48, pp. 55-68, out./dez. 2003. Maria Helena Diniz (Código Civil Anotado. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 355), em rápido comentário ao art. 478 do CC, é clara em sustentar a exigência da imprevisibilidade, ou seja, que as partes, quando da celebração do contrato, não pudessem ter previsto o evento anormal.

fato deste haver subordinado a resolução à existência de uma vantagem exagerada em favor da outra parte e à ocorrência de fatos imprevisíveis, enquanto o Código de Defesa do Consumidor, no particular, optara por uma regulação objetiva.

Nesse diapasão, alinha-se José de Oliveira Ascensão,¹¹ ao frisar que o regime do Código Civil é bem mais exigente do que a disciplina setorial do Código de Defesa do Consumidor e que tal se justifica em face da fraqueza relativa do consumidor perante o fornecedor.

Com o devido respeito, essa inteligência, malgrado resultante da articulação dos textos legais, implicaria tornar a onerosidade excessiva, quando louvada no Código Civil, como algo distante e irrealizável na prática pelo contratante, preocupação sentida em sede doutrinária.¹²

Na verdade, o preceptivo caso assim aplicado, esvaziará, por completo, a eficácia social do instituto, o que se apresenta como inadmissível.

Não se pode negar que a promulgação de um código representa um avanço para a sociedade, a qual passará a contar com um corpo de leis mais aperfeiçoado e mais próximo da realidade que se encontra a vivenciar.

Com muita propriedade, assinala António Menezes Cordeiro:¹³

“Uma codificação é, por excelência, o produto do trabalho *jurídico-científico*. Ela postula um desenvolvimento intensivo e extensivo do sistema externo, com reduções dogmáticas operosas e um esforço de síntese que remodele, por inteiro, toda a apresentação tradicional dos institutos jurídicos.”

Mais adiante, conclui:

“E vai, ainda, bem mais longe: modifica a linguagem em aspectos importantes, elabora conceitos abstratos onde antes proliferavam as descrições empíricas e remodela, em profundidade, as diversas proposições jurídicas”.

⁽¹¹⁾ Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ*, n. 25, p. 62, abr./jun. de 2004.

⁽¹²⁾ Conferir, a esse respeito, arguta observação de Álvaro Villaça Azevedo (El nuevo Código Civil Brasileño – Tramitación; función social del contrato; buena fé objetiva; teoría de la imprevisión y, en especial, onerosidad excesiva (*laesio enormis*). In: Lidia M. Garrido Cordobera e Viviana Kluger (Coord.). *Tratado de la buena fe em el derecho – doctrina extranjera*. Buenos Aires: La Ley, 2004. Tomo II, p. 169), para quem, ao invés de adotar somente o instituto da onerosidade excessiva, o Código Civil de 2002 fê-lo abarcando a teoria da imprevisão, de difícil aplicação. Propôs, linhas à frente (p. 169), a adoção de ponto de vista conducente a ser bastante o desequilíbrio econômico para a modificação ou resolução do contrato. Idem a impressão consignada em escrito de João Hora Neto (A resolução por onerosidade excessiva no novo código civil: uma quimera jurídica?. *Revista de Direito Privado*, v. 16, pp. 148-160, out./dez. 2003).

⁽¹³⁾ *Tratado de Direito Civil português*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, Parte Geral. Tomo I: introdução, doutrina geral, negócio jurídico. p. 67.

Essa assertiva ganha notável reforço com o Código Civil de 2002, cuja elaboração projetou uma forte viragem no sistema de direito civil então vigente. Lastreado na insuficiência do Código Civil de 1916, marcadamente individualista e retratador de uma sociedade agrária e recém saída do escravismo, o diploma vigente colimou ajustar os trilhos jurídicos nacionais a sentimentos de forte inspiração social, conforme pensamento dominante a partir do primeiro quartel da centúria passada.

Assim, veio a lume a estruturação legislativa informada por uma nova e vinculativa principiologia, ilustrada pela eticidade, a abarcar a boa-fé objetiva, e a concepção da propriedade e do contrato como instrumentos a albergarem uma função social.¹⁴ Nesse quadro, perde terreno o perfil rigoroso e implacável da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções.

Diante disso se impõe seja adotada exegese que venha a corrigir a imperfeição de redação do art. 478 do Código Civil, na parte em que alude à necessidade de fato imprevisível para o fim de evitar onerosidade excessiva.

A melhor solução – parece-nos – está em reservar o requisito da imprevisibilidade não em relação à ocorrência do fato que venha gerar o desequilíbrio da avença, que poderá ser suscetível de previsão, mas sim no concernente às consequências que aquele chega a produzir.

O STF, em decisão proferida há aproximadamente vinte e cinco anos atrás, manifestou ligeira propensão a esse ponto de vista. Não obstante reputando, a exemplo de julgados anteriores,¹⁵ a inflação como fato suscetível de previsão, entendeu, em lide relativa a contrato de empreitada, que a subida da espiral inflacionária em níveis inesperados ensejaria a revisão contratual. Trata-se do RE 85.714 – RJ,¹⁶ assim ementado:

“– A aplicação da cláusula ‘rebus sic standibus’ não importa na negativa da vigência do art. 1.246 do Código Civil, se ocorre aumento imprevisível do surto inflacionário, depois de celebrado o contrato de empreitada e no prazo da execução das obras.

⁽¹⁴⁾ Miguel Reale (As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: *Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro*. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, v. 20, p. 11-26), com muita propriedade, mostra-nos que o atual Código Civil está estruturado com base em pilstras fundamentais, consubstanciadas nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. A relevância de ditos valores é notável nas seguintes palavras do autor: “O que importa em uma codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, ordenam e sistematizam” (*loc. cit.*, p. 16).

⁽¹⁵⁾ RE 75.511 – PR (1.ª T., ac. un., rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 66/561) e 71.443 – RJ (1.ª T., ac. un., rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 68/95).

⁽¹⁶⁾ 1.ª T., ac. un. rel. Soares Muñoz, RTJ 96/667. Observando-se a íntegra do julgado, vê-se que a espécie é retratada por contrato de empreitada, firmado com empresa pública, no qual os índices dos preços das construções, que se encontravam a obedecer a um determinado ritmo de elevação desde 1958, sofreram, a partir de novembro de 1962, um salto e disparada em escala anormal e imprevisível.

– Inconfigurada divergência jurisprudencial, por não ter o recurso extraordinário atendido ao disposto no art. 305 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

De rememorar-se, mais uma vez, a elevação da moeda norte-americana em janeiro de 1999, em relação à qual tem-se expresso no voto condutor do Min. Aldir Passarinho Júnior no REsp 472.594 – SP¹⁷ que, mesmo previsível inicialmente pelas partes, tal fato produzira efeitos negativos que inviabilizaram o cumprimento da avença. É certo que dito pronunciamento, mesmo invocando o art. 6.º, IV, do CDC, pôs em destaque que a imprevisibilidade deveria radicar-se nos resultados ocasionados pelo fato gerador do desequilíbrio, mesmo previsível este. Foram as palavras de S. Exa.:

“Era elementar de se esperar que a estabilidade cambial, um tanto fictícia aliás, não fosse perdurar para sempre, de modo que não se pode exatamente afirmar que os consumidores foram literalmente surpreendidos com a alta do dólar. Ela sempre existiu, lamentavelmente, a estabilidade é que constituía a exceção.

Mas, inegável negar que também não era esperado um salto tão imenso, com uma rápida e crescente desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas fortes, a inviabilizar o adimplemento de prestações antes plenamente suportáveis”.

Propendendo-se ao estrangeiro, é de consignar-se semelhante entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a propósito do art. 437 do correspondente Código Civil, ao mencionar, em trecho da ementa do Proc. 83.211, que:

“II – Entre as alterações anormais das circunstâncias referidas no citado artigo contam-se a desvalorização abrupta e excessiva da moeda e o encarecimento inesperado de certas matérias primas”.¹⁸

Com esse modo de visualizar o dispositivo legal em exame, resguarda-se a eficácia prática do instituto da onerosidade excessiva, adaptando-o à evolução pela qual passou a atividade legislativa brasileira no intervalo entre elaboração e entrada em vigor da Lei 10.406/2002, como mostram o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.666/93.

O argumento, de fina argúcia, no sentido de que a relativa fragilidade do consumidor frente ao fornecedor respaldaria a diversidade de tratamento, pode ser afastado, inicialmente, pela circunstância de também a Lei 8.666/93 estatuir a revisão por onerosidade excessiva em moldes mais simplificados, sem que se possa cogitar no contrato administrativo – na maioria das vezes, contrato entre pessoas jurídicas – superioridade da Administração no que tange à equação econômico-financeira, à qual se reserva apenas a possibilidade de alteração, nos termos da lei, de cláusulas regulamentares ou de serviço.

(17) 2.ª S., mv., DJU de 04.08.2003.

(18) Ac. um., rel. Cons. Santos Monteiro, julg. em 17.03.93. Disponível em: www.stj.pt. Acesso em 28.10.2004.

De outra parte, o complexo e excessivamente demorado trâmite do projeto que resultou na Lei 10.406/2002 forçou a que o legislador aproveitasse a promulgação da legislação setorial, de que é exemplo a Lei 8.078/90, a fim de consagrar, em texto escrito, alguns paradigmas contratuais, olvidados pelo legislador de 1916.

É certo que a incorreção vivenciada pelo art. 478 do Código Civil poderia ser sanada pela via do processo legislativo, havendo em tramitação no Congresso nacional o Projeto de Lei 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, no qual consta sugestão de mudança da mencionada regra.¹⁹

Contudo, duas observações de logo se impõem: demais de constituir missão do intérprete, nos planos doutrinário e jurisprudencial, corrigir os equívocos dos conteúdos legislativos, ofertando-lhes significado que os aproxime da concretização do ideal de justiça e da realidade,²⁰ somente a resposta interpretativa seria idônea para solucionar os inúmeros litígios surgidos antes de uma eventual mudança legislativa.

O segundo enunciado, apresentado juntamente com o Dr. Wladimir Alcibíades, está assim redigido:

⁽¹⁹⁾ A redação proposta é a seguinte: “Art. 478. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato. § 1º Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto; § 2º Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias; 3º Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros”. (NR). Trata-se do Projeto de Lei 6.960, de 12 de junho de 2002, cujo texto está disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 28.12.2004.

⁽²⁰⁾ A assertiva se amolda, com perfeição, ao Código Civil em comento. A propósito, basta novamente evocar a percepção de Reale: “O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto” (As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: *Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro*. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, v. 20, p. 16). Idem Inocêncio Mártires Coelho (O novo Código Civil e o seu *complemento* pela jurisprudência. *Revista de Informação Legislativa*, n. 161, ano 41, pp. 205-215, abr./jun. 2004) e Francisco Amaral (A equidade no Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*, n. 25, p. 17, abr./jun. de 2004). A exposição de ditos autores – insta acentuar – revive a acertada repulsa de Jean Cruet (*A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956. p. 24) ao preconceito ao ativismo judicial, patrocinado por Montesquieu, tendo aquele afirmado que, na realidade, o magistrado é a alma do progresso jurídico e que sua intervenção na renovação do direito tem sido uma lei natural da evolução jurídica.

“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”.²¹

Passemos a justificar tal pensamento.

Outra erronia a manifestar-se na redação do art. 478 do Código Civil se centra na singularidade de que tal dispositivo, como consequência da onerosidade excessiva, aponta apenas e tão-só a resolução do vínculo.

De modo diferente, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 51, § 2.º, promulgado mais de uma década antes, proclama:

“A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

Do dispositivo acima transcrito, vê-se que a Lei 8.078/90, tratando do tema, atentou para a necessidade de conservação dos negócios jurídicos, de modo que a só existência de cláusula abusiva não induz à invalidade do contrato. Somente quando da exclusão da cláusula impugnada não houver condições de persistir o equilíbrio contratual, é que o vínculo será resolvido. Do contrário, sana-se o abuso a emanar de uma de suas cláusulas, possibilitando-se, assim, a subsistência da execução do contrato.

Penso, mais uma vez, que o legislador laborou dissociado da tendência experimentada pelo moderno direito obrigacional.

Procedendo-se ao cotejo entre o art. 478 do Código Civil e o art. 51, § 2.º, do CDC, constata-se que o primeiro olvidou o princípio da conservação dos negócios jurídicos, em torno do qual, consoante asseverou Alberto Trabucchi, “existe uma tendência legislativa, social e economicamente conveniente a conservar a eficácia dos atos jurídicos”.²²

Na doutrina nacional, a incidência do princípio da conservação do negócio jurídico, mesmo ausente previsão legal, tivera em Antônio Junqueira de Azevedo ardoroso defensor, o qual o reputa como baliza fundamental em matéria de inexistência, invalidade e ineficácia. Através dele, frisa o autor, tanto o legislador, na criação das normas, quanto o intérprete, na sua aplicação,

⁽²¹⁾ Disponível em: http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducao/textos_fotos/III_jornada/textos/ObrigaRespoCivil.doc. A redação escolhida foi a apresentada pelo ilustre co-autor, estando a nossa assim disposta: “Muito embora o art. 478 do Código Civil faça referência à resolução do contrato, nada impede, antes recomenda a incidência do princípio da conservação dos atos jurídicos, positivado, entre nós, no art. 51, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que aquele dispositivo possa ser aplicado com vistas à alteração de uma ou algumas cláusulas do negócio jurídico”.

⁽²²⁾ “existe una tendencia legislativa, social y economicamente conveniente, a conservar la eficacia de los actos jurídicos” (*Instituciones de Derecho Civil*. Tradução de Luis Martínez Calcerrada. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. p. 199).

“devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia – o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.

O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia”.²³

Dessa maneira, os atos e negócios jurídicos quando se defrontarem ante a perspectiva de que suas cláusulas padeçam de nulidade, ou possam ser reputadas como abusivas durante o decorrer de sua execução, não devem expor-se irremediavelmente à sanção da nulidade integral.

Cabe ao intérprete, ao invés, enveredar pelo reconhecimento da nulidade parcial, ou pela modificação apenas da estipulação que esteja a afetar o equilíbrio contratual, contanto que, dessa forma, o negócio jurídico possa subsistir de maneira autônoma.

O modelo introduzido pelo Código Civil de 2002, por sua vez, não repele a conservação dos negócios jurídicos.²⁴ Basta que se note a previsão da nulidade parcial (art. 184), já consagrada no diploma de 1916 (art. 153), além da elogiável introdução das figuras da confirmação dos negócios anuláveis (art. 172) e a conversão (art. 170), relativa aos nulos, sem obscurecer sua manifestação quanto à simulação relativa (art. 167) e à lesão (art. 157, § 2.º).

Isso sem contar que o art. 479 do Código Civil, inserto na seção destinada ao instituto da onerosidade excessiva, permite seja evitada a resolução contratual quando o demandado aceite modificar equitativamente as condições com base nas quais foi celebrado o contrato, a fim de que a execução deste subsista.

E, como se não bastasse, há também o art. 317, o qual, ao dispor sobre o objeto do pagamento, prevê, na hipótese de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de seu cumprimento – o que muito se assemelha à onerosidade excessiva – a possibilidade do juiz corrigir, tanto quanto possível, o valor da prestação, sem que, para tanto, cogite-se da ineficácia integral do contrato.

Assim, nada obsta que tal modificação parcial já derive do pedido a ser deduzido em juízo, sem que haja obrigação de somente pleitear-se a resolução da avença.

⁽²³⁾ *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

⁽²⁴⁾ Tamanha é a influência do postulado da conservação dos atos jurídicos que, atualmente, ultrapassa as fronteiras do direito privado. Inegável a sua presença no direito constitucional, como mostram a interpretação conforme à Constituição e as sentenças aditivas e substitutivas, proferidas pelas cortes constitucionais europeias. Igualmente, o direito administrativo também recolhe sua contribuição. Daí o estudo dos efeitos decorrentes dos atos perpetrados por funcionários de fato, de origem romana, juntamente com a convalidação dos atos administrativos e a caducidade do direito à invalidação, figuras estas presentes na recente Lei 9.784/99 (arts. 54 e 55).

O reconhecimento do princípio da conservação do negócio jurídico, em havendo onerosidade excessiva, vem recomendada pela interpretação sistemática do vigente Código Civil.²⁵

Por essa motivação, impõe-se que o citado art. 51, § 2.º, da Lei 8.078/90, não deva ser interpretado unicamente no sentido de que sua abrangência haverá de circunscrever-se aos lindes das relações de consumo. Absolutamente. O dispositivo, malgrado inserido em corpo de lei específica, porta a consagração de princípio geral de direito, qual seja o da conservação dos atos e negócios jurídicos. Os próprios comentaristas do CDC, como é o caso de Nelson Nery Júnior,²⁶ ofertam tal impressão, porquanto, ao discorrerem sobre o preceptivo, fazem-no sob o argumento de que revela o princípio da conservação do contrato, sem, à primeira vista, operar qualquer distinção de tratamento. Por essa razão, a sua abrangência deverá espalhar-se em direção a outros vínculos de direito que não os emanados das contratações de consumo.

A esse respeito, categórica a observação de Alcio Manoel de Sousa Figueiredo:

“Por essa razão, os princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor por expressarem valores constitucionais também podem incidir sobre toda a teoria contratual. Isto significa que alguns princípios inovadores do Código de Defesa do Consumidor (boa-fé objetiva, transparência, confiança, equidade, inversão do ônus da prova, etc.) podem e devem ser aplicados em todas as relações contratuais independente de ser ou não relação de consumo.”²⁷

Essa inteligência se impõe, com maior razão, em virtude do princípio da função social do contrato. A importância que os contratos possuem para a economia hodierna, principalmente em países que não atingiram acentuado grau de desenvolvimento, como o Brasil, acarreta para o aplicador da ordem jurídica o dever de

(25) Tem valia aqui o sábio conselho atribuído a Portalis, segundo o qual, num código, seus dispositivos se interpretam uns com os outros.

(26) *Código Brasileiro do Consumidor*. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 535.

(27) Revisão do contrato habitacional numa perspectiva civil-consumerista-constitucional. *Repertório de Jurisprudência – IOB*, n. 4, v. III, pp. 123-136, 2.ª Quinzena de fevereiro, 2004. pp. 130-131. Já Cláudia Lima Marques, em introdução à 4.ª edição de sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 16-17), ressalta notável influxo do CDC, na parte em que contempla princípios gerais, como os da boa-fé e o do equilíbrio contratual, na concretização do Código Civil de 2002, propondo a aplicação conjunta de ambos diplomas. Faz-se óbvio que tal também vale para o princípio da conservação do negócio jurídico. Com pequena antecedência cronológica, esse modo de pensar já fora por nós exposto (A proteção contratual no código do consumidor e o âmbito de sua aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 27, p. 70, jul./set. 1998), no qual sustentamos que os princípios da revisão contratual, da boa-fé e do não locupletamento ilícito, disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor, por sua imemorial sagração na órbita jurídica, não poderiam ser encarados como restritos aos lindes de tal diploma específico.

perseguir, do modo mais eficiente possível, a subsistência dos contratos como instrumento de geração de riqueza.

Sobreleva notar ainda que, cuidando-se de princípio geral de direito, a conservação, demais de impor-se independente de vinculação a texto escrito,²⁸ tem sua razoabilidade assentada pela função interpretativa atribuída a tal fonte de manifestação jurídica.

Inegável a dimensão de orientação do trabalho interpretativo que possuem os princípios, segundo a qual aportam no esclarecimento da significação de outras normas, sendo objeto de forte reconhecimento doutrinário. Federico de Castro y Bravo²⁹ é claro acerca desse aspecto dos princípios:

“Os princípios gerais assinalam o método de interpretação das normas, próprio de um ordenamento jurídico, e, ademais, indicam em cada caso concreto a fórmula interpretativa que se deve eleger: admitir a flexibilidade ou rigidez das disposições, estender ou restringir seu alcance, definir o significado dos conceitos empregados, dar conteúdo aos modelos de conduta etc”.³⁰

Volvendo-se ao sistema jurídico italiano, que consistiu fonte de inspiração para o pensamento de Alberto Trabucchi, evoca-se o disposto no art. 1.367 do Código Civil italiano, ao enunciar:

“Na dúvida, o contrato, ou cada uma de suas cláusulas, devem ser interpretadas no sentido através do qual possam ter qualquer efeito, ao invés daquele segundo o qual não tenham efeito”.³¹

(28) Sobre modo feliz a constatação de Luis Prieto Sanchis: “Um princípio implícito é uma norma que não pode ser considerada como o significado de determinada disposição normativa, mas sim que se obtém a partir de uma ou várias disposições que se supõe constituírem casos de aplicação ou especificação de dito princípio”. “Um princípio implícito é uma norma que no puede ser considerada como el significado de determinada disposición normativa, sino que se obtiene a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio”. (*Sobre principios y normas*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales – Cuadernos y debates, n. 40, 1992. p. 141. Tradução livre).

(29) *Derecho Civil de España*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984. pp. 428-429. Consultar ainda: Joaquín Arce y Flórez Valdés. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madri: Civitas, 1990. pp. 53-54.

(30) “Los principios generales señalan el método de las normas, propio de un ordenamento jurídico, y, además, indican em cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir: admitir la flexibilidad o rigidez de las disposiciones, extender o restringir su alcance, definir el significado de los conceptos empleados, dar contenido a los modelos de conduta, etc” (*Derecho civil de Espana*. Madri: Civitas, 1984, pp. 428-429. Tradução livre).

(31) “*Nel dubbio, il contratto o lè singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno*”. Disponível em <http://www.studiocelentano.it/codici/cc/disposizioni.htm>. Acesso em: 11/03/2002. Tradução livre.

Esse é, no condizente com o art. 478 do Código Civil, o ponto de vista de José de Oliveira de Ascensão³² que, malgrado defenda a diversidade de tratamento entre institutos disciplinados no Código Civil e no plano setorial do Código de Defesa do Consumidor, sustém que a circunstância daquele dispositivo falar unicamente em resolução, não se encontra obstada a modificação contratual independente do assentimento da outra parte, uma vez a conservação ou aproveitamento do negócio jurídico dever ser reputado um princípio geral.

A mitigação dos efeitos resolutivos da onerosidade excessiva, que somente devem ter lugar em situações excepcionais, vale citar, constitui critério assente na jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha.³³

Portanto, mais uma vez caberá ao intérprete suprir harmonicamente suposta deficiência do legislador quanto ao benfazejo art. 478 do Código Civil, propugnando-se que tal ocorra sob a inspiração das diretivas apontadas pelos princípios da conservação e da função social do contrato.

Eis, devidamente ultimadas, nossas ponderações sobre o instituto da onerosidade excessiva, recém incorporado ao direito escrito de nossas plagas.

⁽³²⁾ Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ*, n. 25, p. 64, abr./jun. de 2004. Entretanto, referido autor somente admite a revisão contratual, em razão de onerosidade excessiva, quando tratar-se de modificação quantitativa, entendendo, ao revés, que a mudança qualitativa estaria condicionada ao consentimento da outra parte, pena de malferição à autonomia da vontade.

⁽³³⁾ Conferir passagens constantes em alguns julgados: "...quanto a seus efeitos, até o presente se negaram os rescisórios, resolutorios ou extintivos do contrato, outorgando-lhe somente os modificativos do mesmo, encaminhados a compensar o desequilíbrio das prestações ou obrigações". "...en cuanto a sus efectos, hasta el presente se le han negado los rescisórios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminhados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones" (*Sentencia* de 17 de maio de 1957). "...o certo e positivo é que tanto a doutrina como a jurisprudência vem suavizando tais diferenças, restando à *rebus sic stantibus* sua qualidade rescisória, mantendo-se o negócio jurídico em toda sua integridade, para variar unicamente a parte que havia experimentado oscilação". "...lo cierto y positivo es que tanto la doctrina como la jurisprudência han venido suavizando tales diferencias, restando a la *rebus sic stantibus* su cualidad rescisória y manteniendo el negocio jurídico en toda su integridad, para variar unicamente la parte que había experimentado fluctuación" (*Sentencia* de 06 de junho de 1959). "... a admissão, se bem que com toda cautela, da possibilidade de aplicação da denominada cláusula *rebus sic stantibus* com efeitos modificativos do cumprimento dos contratos, destinados a compensar o desequilíbrio das prestações ou obrigações, produzido por alteração extraordinária das circunstâncias ao tempo de cumprir o contrato". "...la admisión, siquiera con toda cautela, de la posibilidad de aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* con efectos modificativos del cumplimiento de los contratos encaminhados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones producido por alteración extraordinária de las circunstancias a tiempo de cumplir el contrato" (*Sentencia* de 13 de março de 1987). Os trechos transcritos foram colhidos de seleção procedida por Maria Paz Sánchez González (*Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: a cláusula rebus sic stantibus*. Madri: Tecnos, 1990, pp. 18, 21 e 14). Tradução livre.