

O RELATIVISMO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS

Cassio M. C. Penteado Jr.

RESUMO

Tece comentários históricos e doutrinários a respeito da “função social” dos contratos, em face da postura ideológica assumida pelo novo Código Civil, cuja essência se opõe à doutrina liberal inserta na legislação de 1916.

Define a autonomia da vontade como reflexo da liberdade contratual das partes em avençarem entre si e na presença dos elementos de validade intrínsecos à expressão dos contratantes, quais sejam: capacidade legal das partes, objetivo lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, com observância ao postulado do *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato faz “lei entre as partes”.

Destaca a relevância da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) como instrumento de intervenção inovador no tocante aos contratos de adesão, com o objetivo de se evitarem abusos nas relações consumeristas.

Por fim, examina comparativamente conteúdos de artigos do Código Civil brasileiro e do Código Civil italiano de 1942, com o escopo de demonstrar as semelhanças e peculiaridades existentes entre tais dispositivos legais.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos; autonomia da vontade; liberdade contratual; Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; novo Código Civil brasileiro; Código Civil italiano – art. 1.467.

1 A LIBERDADE DE ESTIPULAÇÃO
NOS NEGÓCIOS PRIVADOS PELA
AUTONOMIA DA VONTADE. O
RELATIVISMO DO CONCEITO DE
LIVRE CONTRATAÇÃO E A
REDUÇÃO DO ÂMBITO NEGOCIAL.

O relativismo apenas afirma que os juízos de valor não podem ser cientificamente demonstrados. Isto é radicalmente diferente da proposição segundo a qual eles nada importam. (Hans Kelsen – “A Justiça e o Direito Natural”)

Tendo em vista a proximidade da vigência do novo Código Civil, especial ênfase pode ser observada relativamente aos contratos, mormente sobre a denominada “função social” que estes passarão a expressar em face da nova postura ideológica assumida pelo Estatuto Privado, a qual parece sobrepujar a doutrina liberal inserta na codificação de 1916, cuja essência outorgava primazia à autonomia da vontade no tocante aos ajustes particulares.

Em outra oportunidade, pude expender algumas considerações preliminares sobre a disciplina dos contratos, como contemplada no novo Código, notadamente sobre a questão da dita “boa-fé objetiva”¹.

Objetivo, agora, ampliar tais anotações e perquirir, tanto em face da evolução, no tempo, das premissas sobre a formalização, conteúdo e execução das avenças privadas, quanto em relação às perspectivas que devem se abrir, a partir da eficácia do novo ordenamento civil no próximo ano de 2003.

Assim conviria introduzir a matéria em exame sob o enfoque histórico da diferença conceitual (e clássica) que distinguia, de um lado, o chamado Direito Privado e de outro, o Direito Público.

Em síntese, a doutrina pontuava que, entre tais campos ou órbitas do Direito, se pressupunham conceitos diversos sobre a competência privada, caracterizadamente discricionária e autônoma, assim, com expressivo lugar à prevalência da vontade das partes na relação jurídica, de cunho obrigacional, e a competência social, como marca essencial do Direito Público, cujas conotações eram de compulsoriedade *jus imperii* e de heteronímia².

Logo, no Direito Privado, seguir-se-ia, centralmente, a autonomia da vontade das partes ao revés da submissão, típica do direito público, às prescrições da lei.

Em ensaio clássico, Celso Antônio Bandeira de Mello³ observa que o Direito Público, quando oposto ao Privado, esteia-se em dois primados básicos: de um, a supremacia do interesse público sobre o dos particulares e, de dois, a indisponibilidade desse interesse público.

Desses princípios, seguia que, no Direito Privado, não estando em jogo interesses do Estado (logo, públicos), as partes nas suas relações jurídicas – em tese – postavam-se em posição de igualdade (daí a idéia de comutatividade contratual) e decorria, também, que os interesses privados seriam disponíveis, ressalvadas as exceções legais, ou seja, podiam ser objeto de livre negociação, incluída a possibilidade de renúncia.

Em termos de evolução histórica, os vínculos jurídicos entre os particulares centravam-se, dessarte, na autonomia da vontade, decorrendo a submissão das partes aos termos do que ajustavam e – também – originando a vigência do sentido da só anulabilidade das estipulações contratuais, preservadas as poucas hipóteses de direitos indisponíveis, postando-se a nulidade, como apatário do Direito Público, em face das pactuações, se contrárias à lei.

Já no século XIX, o grande Savigny indicava que o contrato representa a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, caracterizando-se, daí, a definição da relação jurídica entre eles⁴.

A doutrina da autonomia da vontade traz, como reflexo, o dogma da liberdade contratual, pois que as vontades das partes ao expressarem consentimento, em torno do quanto avençam, deixam de se condicionar por outros aspectos, salvo – obviamente – os que decorrem da legitimidade e da liceidade da própria manifestação volitiva (os requisitos do ato jurídico ou do negócio jurídico, na acepção do novo Código Civil).

Os pressupostos da autonomia da vontade, caracterizando a liberdade de contratar, pois, deveriam se denotar, em última análise, na presença dos elementos de validade intrínsecos à expressão da vontade das partes (capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei); e na ausência de vícios ou de defeitos, quanto ao que foi clausulado (v.g. a previsão de avenças em sentido potestativo).

Tais premissas, oriundas do dogma da liberdade contratual, partiam da concepção de igualdade e da

livre disposição dos contratantes, deixando de perquirir outras condições, em particular as de ordem econômica ou social que diferenciassem os indivíduos, *lato sensu*, jungidos naquela relação jurídico-obrigacional.

Como evidente corolário da liberdade de contratar, seguiu-se o rígido postulado do *pacta sunt servanda*, observando que o contrato faz “lei entre as partes”⁵, no sentido e significação, como bem expressa José Eduardo Campos de Oliveira Faria⁶, de “aparente identidade entre legalidade e legitimidade”, dando-se pela obrigatoriedade do quanto se ajustou, “independentemente do conteúdo da ação e qualquer que seja o objeto da convenção”.

Extraí-se um nítido sabor formalista (positivista) do sistema jurídico, nesse prisma, visando à segurança no cumprimento das avenças.

A respeito da cláusula *pacta sunt servanda*, Silvio Rodrigues anota que a obrigatoriedade do cumprimento das avenças, mais do que atender ao desiderato, expresso pelas partes contratantes, assume conotação social, interessando que se oferte segurança às relações negociais, no sentido do atendimento das expectativas, perante a sociedade, que a relação jurídica deu origem⁷.

Aliás, o adimplemento das obrigações contratuais se conecta, ademais desse componente de garantia, com o convencimento, preponderante no século XIX, de que o conteúdo do quanto contratado pelas partes – dada a liberdade de contratar, advinda da autonomia da vontade – era, presumidamente, justo⁸ e, assim, exequível em quaisquer circunstâncias.

A autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a compulsoriedade dos contratos cedem passo – mais tarde – às imposições normativas específicas, dentre elas, v.g., entre nós, a Lei de Defesa do Consumidor; ao surgimento dos contratos de massa, de características meramente adesivas, da teoria da imprevisão e de outros aspectos que, em geral, passam a moldar os ajustes contratuais, tocante aos princípios do liberalismo do século XIX e do início do século XX.

Nesse diapasão relativista, a nosso sentir, revendo as concepções liberais do Código de 1916, inserem-se as destacadas modificações que o novo Código Civil vem imprimir ao tema dos contratos, no que concerne – especificamente – à sua parte geral.

O intento de compreender, nas avenças, os componentes de diferenciação econômica e social das partes parece ser a tônica dessa novel legislação.

2 A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS AJUSTES PRIVADOS. O "DIRIGISMO" CONTRATUAL. A LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

(...) o Estado ganha uma competência geral para lidar com defeitos; ou seja, supõe-se que o Estado seja competente para remediá-los, o que coloca o Estado diante de um dilema. Por um lado, a definição do que é defeituoso e os critérios para controlar o sucesso dos remédios correspondentes passam a fazer parte da esfera de finalidades políticas que requerem legitimação. (...) Por outro lado, o Estado deve aplicar aqui um poder legítimo não – como é habitual – para impor decisões obrigatórias, mas somente para manipular as decisões de outros sujeitos, que não devem porém ser atingidos em sua autonomia privada. Direção e controle indiretos são a resposta a esse dilema; e os limites de sua eficácia indicam que o dilema permanece⁹.

Como afirmado no tópico anterior, desde a segunda metade do século XX, denotam-se – nos campos jurídico-normativo, de elaboração da doutrina e dos tribunais – significativas construções, voltadas a tentar compatibilizar, na verdade, os conceitos de autonomia da vontade privada e segurança das relações contratuais com a proteção, desejada e necessária, daqueles que se mostram desiguais, em face do outro contratante, sem embargo de que tais posturas esbarram, de fato, no efetivo dilema, bem percebido por Jürgen Habermas.

Com efeito, diante das estipulações legislativas e, também, das manifestações judicantes do Estado, coloca-se a questão relevante de como conceituar e definir esses "defeitos", que devem ser remediados pela lei ou atenuados pela jurisprudência, vale dizer, de como caracterizar, sem comprometer em demasia a segurança negocial esperada, situações de cunho econômico, social e político que, então, demandem limites à liberdade de contratar.

Surge, ademais, a questão de como exercer tais controles ou prevenir abusos (v.g., a atuação e a competência dos órgãos estatais de defesa do consumidor), sempre observada, e – aqui – o dilema, traçado

por Habermas, a necessidade de se preservar a autonomia dos agentes privados, que movimentam valores, bens, produtos e serviços na sociedade capitalista¹⁰.

Em nosso Direito positivo, na sua perspectiva histórica, diversos diplomas legais – pouco a pouco – introduzem mecanismos de contenção da plena autonomia volitiva e do *pacta sunt servanda*, figurando hipóteses nas quais, em especial, a execução do contrato poderia sofrer modificações.

É o caso, v.g., da famosa Lei da Usura e – mais particularmente – do Decreto-lei n. 24.150/34, a "Lei de Luvas", introduzindo, a título de pro-

A postura da doutrina consumerista, desde a edição da Lei n. 8.078/90, tem timbrado – no tocante às relações de origem financeira – em fazê-las orbitar em torno das estipulações daquela norma especial, excetuando os contratos travados entre os bancos e aqueles que não revestem a condição de destinatário final dos recursos mutuados.

teção do inquilino, na relação locatícia comercial, a faculdade de renovação e, em proveito, do locador, a cláusula revisional¹¹.

A intervenção legislativa na órbita do Direito Privado, assim, evolui para o denominado "dirigismo contratual".

A intervenção normativa, no âmbito contratual, reduzindo a efetividade do princípio da autonomia da vontade, é percebida como resposta da sociedade aos períodos de instabilidade política e econômica, mormente observados entre as duas guerras mundiais, ao introduzir parâmetros de observância compulsória às partes contratantes¹².

Comentando o tema, o Ministro Moreira Alves denota que, todavia, a interferência estatal nos contratos, não descaracteriza o perfil e a natureza privada dos ajustes, celebrados entre os particulares, por mais extensa que seja a particularização derivada da lei¹³.

Entretanto, no Brasil, o diploma normativo de características intervencionistas, por excelência, quanto aos contratos, é a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em especial na parte em que estatui disciplina inovadora em relação aos pactos de adesão¹⁴.

Nota-se desse relevante normativo o pressuposto de regular a matéria contratual, quando afeta às relações ditas de consumo, sem embargo de, notadamente por iniciativa do Ministério Público e de certa parcela da jurisprudência, ampliar tais dispositivos de intervenção para outras situações, que não de consumo. Isso se verifica, em torno das relações negociais bancárias e, genericamente, de crédito.

A postura da doutrina consumerista, desde a edição da Lei n. 8.078/90, tem timbrado – no tocante às relações de origem financeira – em fazê-las orbitar em torno das estipulações daquela norma especial, excetuando os contratos travados entre os bancos e aqueles que não revestem a condição de destinatário final dos recursos mutuados¹⁵.

Acresce, ainda, que, na visão específica da doutrina de defesa do consumidor, a norma especial significa uma espécie de subsistema jurídico, encartado no Direito positivo, o que implicaria reconhecer a precedência das suas disposições, malgrado restritamente ao âmbito das relações de consumo, em detrimento da lei geral, como é o caso do Código Civil¹⁶.

Realçamos, aqui, as prescrições do Capítulo VI da Lei de Defesa do Consumidor: a questão das cláusulas contratuais ditas abusivas (art. 51 e seus incisos).

No alusivo ao controle das ditas cláusulas abusivas, a norma do consumidor optou por uma declaração de nulidade de tais estipulações contratuais, (cf. art. 51, *caput*), elencando-as, em sentido exemplificativo¹⁷.

Nesse sentido as alternativas da Lei n. 8.078/90 foram, pela ordem: de indicar a abusividade, de modo taxativo, (*ex vi* do art. 53, este cuidando da nulidade imputada à cláusula que, nos contratos de compra e

venda a prazo de móveis ou imóveis, e nas alienações fiduciárias em garantia, determine a perda total das prestações pagas, em caso de inadimplemento, ocorrendo a resolução da avença e a retomada do produto¹⁸; de deixar à elaboração da jurisprudência a determinação do eventual abuso (cf. art. 51, IV); ou de presumir a configuração de abusividade, como se dá nas listas dos arts. 39 e 51¹⁹.

Ocorre-nos, nesse passo, tratando do rol, inserto no art. 51 da Lei de Defesa do Consumidor, crítica sob o ponto de vista da eventual ampliação dessa relação de cláusulas, tidas como abusivas, que tem sido patrocinada por órgão governamental, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, abrigando-se, em tal propósito, nos termos do Decreto n. 2.181/97.

No entanto, o aludido Decreto é – extreme de dúvidas – norma de caráter ancilar, destinado à aplicação da Lei n. 8.078/90, donde lhe é defeso delegar poderes para que órgão público delegado, de qualquer sorte, determine alterações à norma legislativa, objeto de regulamentação²⁰.

Logo, ainda que não se trate de, diretamente, enunciar o Decreto n. 2.181/97 novas cláusulas, presumidamente abusivas, complementando a lista do art. 51 da Lei de Defesa do Consumidor, tem-se, malgrado a técnica de delegação à Secretaria de Direito Econômico, evidenciada – a nosso sentir – a intervenção no texto de lei (embora de natureza exemplificativa), sobrepujando a especificidade da função legislativa.

Pareceria preferível, aqui, em atendimento à forma, fosse complementado o rol das cláusulas, tidas como de cunho abusivo, mercê de construção jurisprudencial, sob amparo da norma geral, inscrita na própria norma consumerista.

3 A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NOS AJUSTES PRIVADOS. OS LIMITES DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO CONTEÚDO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. A QUESTÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E O NOVO CÓDIGO CIVIL.

As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para de-

*cretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo*²¹.

Por derradeiro, examinamos – neste tópico – o agudo tema da intervenção judicial em face das cláusulas dos contratos, conseqüente do predomínio das teses do “dirigismo contratual” oposto ao liberalismo que prevalecera.

Em princípio, como já destacamos, no ápice da eficácia da cláusula *pacta sunt servanda*, ao Poder Judiciário caberia a competência de declarar a nulidade de condição, invecivada por uma das partes, em sede de procedimento judicial, ou – se fosse o caso – dar pela resolução da avença, declarando a impossibilidade de seu cumprimento.

As Cortes de Justiça – geralmente – compartilham, ainda hoje, dessa ótica “contratista”, com o perdão do neologismo, acenando com o intuito de preservar a segurança negocial, sobremodo prestigiando as declarações de vontade das partes²².

Em última análise, decerto, volta-se ao dilema, enunciado por Jürgen Habermas, relativamente a espinhosa tarefa de compatibilizar certa proteção aos desiguais, na relação contratual, com o escopo capitalista de ter nas avenças a forma que merece primazia para a circulação de riquezas, ou, também, ao postulado – quase que mítico – do respeito aos contratos como espécie de promessa-mor governamental.

Nesse sentido é que – a nosso ver – ao lado de postulados de natureza subjetiva, associados com a modificação de contratos, como é o caso da teoria da imprevisão, as normas jurídicas (em especial, agora, o novo Código Civil) são, sempre, de cunho pontual ao circunscrever as hipóteses de alteração do avençado entre as partes, remetendo-as ao crivo do Judiciário.

Assim, as intervenções judiciais em matéria contratual passam a se restringir aos termos da lei, vedando-se, de certo modo, que os Magistrados *sponte propria* possam discernir e acatar postulações revisionais das partes, ao alvedrio das convicções do juiz.

Ao menos, dois aspectos salientes – a nosso ver – se apresentam, em termos da revisão de cláusulas contratuais, perante o Judiciário, um deles conectado com os ditos pactos de adesão e outro vinculado à onerosidade excessiva.

O primeiro tópico atinente aos contratos de adesão, que constituem

tendência irreversível dos tempos hodiernos, multiplicados pelo avassalador incremento das transações de resultados quase imediatos, diz que, ausente, devido à natureza insita desses ajustes, a prévia negociação das condições pactuadas, estas impostas por uma das partes e só aceitas pela outra, é a revisão possível, sempre que se frustre a equivalência entre as prestações²³.

Notadamente, de modo reverso, se a avença não se caracteriza como de adesão, tendo-se a presunção de que as partes – em fase pré-contratual – negociaram as cláusulas, inviável, salvo em hipóteses determinadas, a intervenção judicial para – em particular – liberá-las das obrigações assumidas ou para restringir o exercício de direitos.

De se assinalar, porém, ainda que se trate de ajuste adesivo, que a interferência do Poder Judiciante se reserva aos casos específicos de perda notável da equivalência entre direitos e obrigações.

De fato, prescreve – na disciplina dos contratos por adesão – a Lei de Defesa do Consumidor, art. 6º, V, autorização para que o juiz revise as “cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou que sejam excessivamente onerosas”.

Desvela-se, nesse passo, autorização à intervenção jurisdicional com o escopo de impor equilíbrio ao ajuste contratual, sobrepujando a autonomia da vontade das partes, para modificar o quanto havia sido disposto, ou com o objetivo de suprir a equitatividade perdida, no tocante à cláusula de preço, em razão de evento superveniente que torne a prestação onerosa em excesso à parte obrigada²⁴.

A teor do novo Código Civil, como já havíamos perquirido anteriormente²⁵, emergem disposições sobre a onerosidade excessiva, arts. 478 a 480, inaugurais, porque não contempladas na Lei de 1916.

As previsões, agora encartadas na codificação, encerram diversas ordens de cogitação, a saber: aplicação restrita aos contratos de execução continuada ou diferida, com a exceção da abrangência as avenças cujas “obrigações couberem a apenas uma das partes” (o mútuo, por exemplo); conexão, a ser demonstrada, da onerosidade excessiva à verificação de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”; imposição da rescisão contratual, por sentença, à vista da constatação do ônus em excesso, admitindo-se, porém, pela

iniciativa da modificação equitativa das condições contestadas, pela parte beneficiada, a hipótese de continuidade do pactuado; e redução de valor ou alteração da forma de execução da prestação, nos contratos cujas obrigações são unilaterais, por sua natureza.

Comparativamente examinadas as prescrições da nova Lei Civil e da Lei de Defesa do Consumidor, em torno da onerosidade excessiva, exsurgem – como é interessante observar – diferenças conceituais.

Assim, na Lei n. 8.078/90, art. 6º, V, o trato das situações de ônus em excesso é visto sob a ótica – aliás, já antes ressaltada – de modificação ou de revisão das cláusulas contratuais, não se remetendo a norma à resolução eventual do ajuste, salvo se da declaração de nulidade de condição excessiva, resultar inviável o esforço de integração, objetivando o prosseguimento do acordado entre as partes²⁶.

Na nova Lei Civil, art. 478, o indicativo – em sentido divergente da norma consumerista – é, de logo, pela resolução do contrato, facultando-se, art. 479, a critério da parte ré, evitar a resilição, mediante oferta de alteração da condição avençada, pela impugnação por onerosidade excessiva.

A ressaltar, entretanto, que a solução pelo término do vínculo contratual é obstada – com adequação evidente – nos casos de ajustes em que se tocam obrigações à uma das partes, seguindo-se, neste passo, a orientação da lei do consumidor pela modificação (redução do valor da prestação) ou pela revisão (alteração do modo de exercer a prestação) do quanto contratado.

Com efeito, nas avenças cogitadas pelo art. 480 do Código, a simples resolução do contrato demandaria prejuízo injustificável ao credor da obrigação, ainda que os gravames à obrigação tenham se originado de eventos extraordinários e imprevistos.

Dessarte, a melhor solução é a albergada pela Lei Civil, optando-se – em tais hipóteses – pela modificação ou pela revisão, conforme a circunstância fática.

Assinale-se, de qualquer sorte, que a diversidade de conceitos entre a Lei Civil e a Lei do Consumidor, como assinalada, é inteligível pelo prisma dos interesses dispostos, na relação de consumo, de um lado, e na relação comercial, de outro, que são – obviamente – diferentes.

Nesse sentido, releva que, na relação de consumo – ao menos quan-

to às típicas –, pontua-se maior empenho na preservação do contrato que a embasa, enquanto nos vínculos negociais coloca-se, com mais frequência, a viabilidade da rescisão (ainda que determinada judicialmente) sem acarretar traumas mais evidentes.

Em outro viés de interpretação, na matéria focada, o insigne Miguel Reale, que liderou a etapa final da elaboração da nova codificação civil, suscita que o desfazimento da avença, diante da onerosidade excessiva, figura como um dos “meios de preservar o equilíbrio contratual”, vinculando a possibilidade rescisória ao denominado cunho social dos ajus-

O ponto central em debate remete-se à vetusta cláusula *rebus sic stantibus*, da tradição dos pós-glosadores, transmutada na teoria da imprevisão pela evolução doutrinária. (...) a redação do art. 478 do novo Código Civil quase que repete *ipsis litteris* a previsão do art. 346 do projeto de Código das Obrigações, posteriormente abandonada, a qual – a sua vez – é inspirada, ao cabo, no art. 1.467 do Código Civil italiano de 1942.

tes, como prescreve o novo Código²⁷.

Assinale-se, ademais, o trato da questão da imprevisibilidade do evento e de seu caráter extraordinário, que daria ensejo à onerosidade excessiva, como seus requisitos essenciais, a teor da dicção codificada.

O ponto central em debate remete-se à vetusta cláusula *rebus sic stantibus*, da tradição dos pós-glosadores²⁸, transmutada na teoria da imprevisão pela evolução doutrinária.

Nesse sentido, a redação do art. 478 do novo Código Civil quase que repete *ipsis litteris* a previsão do art. 346 do projeto de Código das

Obrigações, posteriormente abandonada, a qual – a sua vez – é inspirada, ao cabo, no art. 1.467 do Código Civil italiano de 1942.

É curioso – como exercício de prospecção – examinar-se, comparativamente, a disposição já vigente da Lei Civil, recém-editada, e suas duas fontes, uma próxima e outra remota, de emanação, seja o projeto do Código das Obrigações, seja a norma da Itália.

Assim, poder-se-ia dizer em síntese que o art. 478 do Código Civil, de alguma forma, simplifica a previsão do projeto, antes aludido, cuja redação era a seguinte:

Art. 346 – *Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisível ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha tornar-se excessivamente onerosa, capaz de lhe ocasionar grande prejuízo e para a outra parte lucro desmedido, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.*

O art. 478 da Lei Civil – a sua vez – explicita: *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes venha 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.* Por fim, a origem inaugural de ambas as disposições, antes transcritas, é o comando expresso no art. 1.467 do Código Civil italiano, que estipula: *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*²⁹.

Na comparação entre as três formas redacionais, antes transcritas, observa-se, de logo, efetiva identidade entre o texto da nova Lei Civil e do Código italiano, preferindo o legislador – em ambos os casos – maior simplicidade do que a postura, diga-se, mais didática do projeto do Código de Obrigações.

Sem embargo, no novo Código Civil, aproveita-se do texto do projeto, a perspectiva da “extrema vantagem” para uma das partes, decorrente do evento imprevisto e extraordinário que afeta o contrato, circuns-

tância – porém – omitida na norma italiana.

Assim, genericamente, são três os pressupostos necessários em eventual alegação de onerosidade excessiva: imprevisibilidade do evento; efeito extraordinário, que provoque ou cause às obrigações do devedor, no contrato; e, obtenção pelo credor de decorrente “extrema vantagem”.

O didatismo, que permeia o art. 346 do antigo projeto do Código de Obrigações, como visto, prefere circunstanciar, detalhando, o conceito dessa “vantagem” excessiva, outorgada ao credor, identificando-a como “lucro desmedido”, obtido à custa de “grande prejuízo” ao devedor.

É verdade, de toda sorte, que nem a redação do art. 478 da atual Lei Civil e tampouco a do art. 346 do projeto do Código das Obrigações previnem o debate, que pode-se ensejar, em torno do conceito de “extrema vantagem”, pois não há como se tornar objetivo – ao que pensamos – a expressão utilizada.

Pode-se suscitar, aqui e para exemplificar, a já velha discussão sobre as taxas de juros bancários ou, mais propriamente, sobre o chamado *spread*, disposto no diferencial entre a remuneração de captação dos recursos, emprestados pelo banco, e os encargos incidentes para o mutuário: registra-se, com frequência, diante do Poder Judiciário, a indicação de que tal diferença é muito vantajosa para o mutuante, em prejuízo do tomador.

Entretanto, como é consabido, o *spread* não significa, nem representa, lucro integral da instituição financeira, sempre que, primeiro, deve ser paga a taxa de captação ao investidor; segundo, as despesas todas da atividade; terceiro, cobertas as situações de inadimplência, quando o capital mutuado não for, oportunamente, restituído, restando dessa soma-tória o ganho final.

Outra questão, que também permeia a onerosidade excessiva, diz com o caráter extraordinário dos eventos sucedidos, um dos requisitos de sua eventual aplicabilidade.

Nesse passo, há de se distinguir a álea comum, ou sejam, os riscos admissíveis na área negocial, genericamente, de eventos incomuns, cujo efeito seja causar ônus em excesso a uma das partes no contrato.

No art. 1.467 do Código italiano, antes citado, em seqüência do *caput*, que se transcreveu, existe uma nota específica a esse respeito: (...)

*La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell' alea normale del contratto*³⁰.

Em termos dessa “álea normal do contrato”, para usar a terminologia do Direito italiano, como denota Nelson Nery³¹, caracteriza-se, em essência, pelo risco “previsto, que o contratante deve suportar”, ou, se não, expressamente, disposto na avença, “de ocorrência presumida em face da peculiaridade da prestação ou do contrato”.

Todavia, referindo-se ao Código do Consumidor, Cláudia Lima Marques³² defende a tese com apoio na teoria da base do negócio jurídico, defendida pelo jurista alemão Karl Larenz, que – relativamente à onerosidade excessiva e sua constatação, nos contratos de consumo – inexistiria a necessidade da presença dos pressupostos da imprevisibilidade e de ser o evento de caráter extraordinário, bastando advir a quebra, concretamente, da relação de equivalência e na frustração da finalidade do contrato.

Dessarte, a destruição dessa base do negócio jurídico, como denota a autora mencionada, dispensaria a obtenção de vantagem exagerada da parte de um dos contratantes, não se vinculando – pois – a proposição codificada (art. 51) ao espírito do art. 1.467 da Lei Civil italiana e nem, por decorrência, ao dispositivo similar do novo Código Civil brasileiro.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Novo Código Civil. “A função social dos contratos e o princípio da boa-fé objetiva” e “A função social dos contratos e seus parâmetros essenciais. Uma tentativa de concretização.”, disponíveis nas Comissões Jurídicas da Febraban, Acrefi e ABCC.
- 2 ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Universitária, 1974. p. 199.
- 3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.1, n. 2, p. 44-61, out./dez. 1967.
- 4 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.
- 5 Do Código Civil francês, o célebre art. 1.134: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait ou*, em vernáculo, *As convenções legalmente formadas assumem a natureza de lei a quem as fez*. Assim, também, o disposto no art. 1.372 do Código Civil italiano de 1942. O Código Civil de 1916, no Brasil, não chega a exprimir o conceito da “lei entre as partes”, mas, claramente o adota, no art. 1.056 ao prever que se a

parte obrigada não atender a obrigação, pelo modo e no tempo devidos, responderá por perdas e danos. Logo, o desfazimento do vínculo contratual demanda, assim, pela anuência das partes que o avençaram (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 3. ed. rev.e aum. São Paulo: Max Limonad, 1967. v.3.).

- 6 FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Eficácia Jurídica e Lógica Simbólica: O Direito como Instrumento de Transformação Social*. São Paulo: USP, 1984. p. 147. (Tese, Concurso para professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo), edição fora do comércio.
- 7 RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 17.
- 8 *Qui dit contractuel dit juste*, na conhecida expressão de Fouillée, inspirado em Kant para quem as pessoas só deveriam se submeter às leis que elas constituam mediante relações de contrato.
- 9 FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, *op. cit.*, p. 144-145. (Jürgen Habermas – “Problemas de Legitimação no Estado Moderno”)
- 10 MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 35. A autora mostra que, nos séculos XVIII e XIX, a teoria liberalista, nas concepções econômicas, atinge seu apogeu, respondendo às restrições oriundas do corporativismo e da doutrina da igreja católica, tratando o contrato como instrumento para a “livre movimentação de riquezas na sociedade” (*apud* P. S. Atiyah. *The rise and fall of freedom of contract*. Reino Unido: Imprensa da Universidade de Oxford, 1985.).
- 11 Comenta o político e jurista San Thiago Dantas, a propósito da interferência estatal nos contratos, que se deu, na verdade, uma flexibilização do sistema jurídico graças à *interpenetração dos princípios da autonomia da vontade e da supremacia da ordem pública*, que criou a possibilidade de o Estado expandir o número de importância das normas imperativas, diminuindo a área da liberdade contratual, sem que o sistema se alterasse (DANTAS, San Thiago. *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*. In: *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. p. 11-33. (no original constava apenas *Evolução Contemporânea do Direito Contratual* – RT 195/144).
- 12 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 275.
- 13 ADIn n. 493/0 – DF relacionada com a Lei n. 8.177/91 e a introdução da taxa referencial no sistema jurídico positivo.
- 14 SALLES, Marco Paulo de Almeida. *O Consumidor e o Sistema Financeiro*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 53 escrevendo que o Capítulo VI da LDC vem antecipar as *normas sobre a contratação por adesão constantes do projeto de Código Civil (...)*, tratando dos instrumentos de contratação a serem utilizados nas relações de consumo.
- 15 Ainda que o conceito de “destinatário final” para caracterizar – na ótica dos consumidores – a presença efetiva de relação de consumo, demanda uma certa imprecisão, MARQUES, *op. cit.*, p. 141-142, intenta distinção entre o “destinatário final

fático" e "destinatário final econômico" no sentido de que só haveria abrigo na lei do consumidor àqueles que revistam ambas as condições. Assim, quando o crédito se constituir em insumo para atividade profissional do tomador dos recursos não se formaria relação típica de consumo, o que se passa – em geral – com as pessoas jurídicas.

- 16 Ada Grinover e Antonio Herman Benjamin escrevem que, sob enfoque na vulnerabilidade do consumidor, não se poderia cuidar da relação de consumo *somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado*, sendo desejável – assim – uma *proteção integral, sistemática e dinâmica* que se ocorra em face de um *regramento de todos os aspectos da relação de consumo* (GRINOVER, *op. cit.*)
- 17 Nelson Nery Jr. (*Idem*, p. 295) indica que o rol do art. 51 é formatado como *numerus apertus*, lembrando – no entanto – norma do Código Civil italiano (art. 1.341) de conteúdo similar, mas, entendida como elenco exaustivo de cláusulas abusivas, donde admite-se tão-somente a aplicação extensiva, mas, não-analógica.
- 18 Temos observado, em ações judiciais, mormente de crédito imobiliário, com fundamento na previsão desse art. 53 da LDC, pleito de resolução do contrato de financiamento, pretendendo-se a devolução do imóvel financiado, restituindo-se as parcelas pagas. Por evidente, há uma propositada confusão com o sentido específico da compra e venda a prazo, de natureza bem distinta do simples financiamento da aquisição.
- 19 MARQUES, *op. cit.*, p. 289.
- 20 Nesse sentido, Roque Antonio Carazza observa que *Os regulamentos contêm comandos dirigidos, não aos indivíduos, que só devem obediência à lei* (art. 153, § 2º, C.F.) *mas aos órgãos do Poder Executivo (...)*. CARAZZA, Roque Antonio. *Contribuição para o Estudo do Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. 1978.
- 21 GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979. p. 40. Gomes – neste trecho – acompanha os ensinamentos dos irmãos Mazeaud, expressando, no mais puro espírito liberal, que *les Juges du fon n'ont pas le droit de modifier les obligations telles que elles ont été clairement précisées au contrat. Même si ces obligations paraissent rigoureuses, le Juge ne peut dispenser une partie de leur exécution*.
- 22 Em acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (420.496 – 0) conotam os Magistrados – examinando pleito de revisão de cláusulas contratuais, sob argumento da superveniência de eventos imprevistos – restritivo entendimento sobre a questão, exprimindo em certa passagem que *o contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias. Essa forma obrigatória atribuída pela lei aos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de libertação por ato*

seu. As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.

- 23 MARQUES, *op. cit.*, p. 299 colige aresto do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, versando devolução de importâncias pagas por consorciado desistente, com acréscimo de correção monetária, no qual, como observa o juiz relator, a revisão de cláusula contratual, em ajuste de adesão, estaria justificada – judicialmente – a partir do conceito de que as condições estipuladas *não derivam do auto-regramento de vontade das partes*, porque “predispostas”, no caso, “pelo poder público” e estando presente o desequilíbrio de direitos e de obrigações.
- 24 *Idem*, p. 298-299, acentuando, em relação à cláusula de preço, nos ajustes por adesão, que, diante de eventos supervenientes, não seria suficiente, nem possível, apenas suprimir a estipulação, declarando sua nulidade absoluta, o que leva a lei consumerista à opção de admitir a interferência do juiz para nessas situações, excepcionalmente, modificar o pactuado entre as partes, visando a recompor o equilíbrio que restou perdido.
- 25 Ver a nossa nota, sob o título “Observações preliminares sobre o novo Código Civil: A onerosidade excessiva”, disponível junto às Comissões Jurídicas da Febraban, Acrefi e ABBC.
- 26 Nelson Nery Júnior (GRINOVER, *op. cit.*, p. 367) destaca a orientação, na norma especial, vinculada ao princípio da conservação do contrato, art. 51, § 2º, imprimindo – como diz – “utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo”.
- 27 REALE, Miguel. Visão geral do projeto do Código Civil. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 66, 2001, observando o jurista que a resolução contratual por onerosidade excessiva acresce ao sistema jurídico privado, forma de rescisão específica, superando a previsão codificada de 1916 que só admitia – em geral – o rompimento do vínculo na hipótese da verificação de atos ilícitos.
- 28 O aforismo é assim redigido: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*.
- 29 Em vernáculo: *Nos contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa pela verificação de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte devedora pode requerer (ou demandar) a resolução do contrato*.
- 30 Em vernáculo: *A resolução (do contrato) não pode ser requerida (demandada) se a onerosidade superveniente entra (ou resulta) (da) álea normal do contrato*.
- 31 GRINOVER, *op. cit.*, p. 367.
- 32 MARQUES, *op. cit.*, p. 299.

Artigo recebido em 20/1/03.

ABSTRACT

The author makes historic and doctrinal comments about the “social function” of the contracts, in the face of the ideological posture assumed by the new Civil Code, whose nature opposes itself to the liberal doctrine inserted into the 1916 legislation.

He defines the will's autonomy as a reflection of the parties' contractual liberty to reach an agreement between themselves and on the presence of the elements of validity which are intrinsic to the expression of the contracted parties, which are: the parties' legal capacity, licit objective and form either prescribed or not forbidden by law, with observance of the *pacta sunt servanda* postulate, that is, the contract carries out “law between the parties”.

He highlights the relevance of Law n. 8,078/90 (Consumer's Defense Code) as a new instrument of intervention in relation to the adhesion contracts, intending to avoid abuses within the consumerist relations.

At last, he looks comparatively over the contents of articles of the Brazilian Civil Code and of the 1942 Italian Civil Code, with a view to demonstrating the similarities and peculiarities that exist among such legal provisions.

KEYWORDS – Contracts; will's autonomy; contractual liberty; Law n. 8,078/90 – Consumer's Defense Code; new Brazilian Civil Code; Italian Civil Code – article 1,467.

Cássio M. C. Penteado Jr. é Advogado em São Paulo – SP.