

A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUA APLICAÇÃO

EXCESSIVE ONEROSITY THEORY IN THE BRAZILIAN CIVIL CODE: LIMITS AND POSSIBILITIES OF ITS APPLICATION

Fábio Siebeneichler de Andrade¹

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da PUC-RS

RESUMO: Este artigo pretende analisar a teoria da onerosidade excessiva, tendo como premissa a ocorrência de alterações fundamentais no equilíbrio do contrato. Primeiramente, será examinada o desenvolvimento histórico da matéria, sob a premissa da cláusula *rebus sic stantibus*, no direito brasileiro. Em seguida, o foco será na disciplina estabelecida pelo Código Civil atual, seus pressupostos e conseqüências. Por fim, será verificado se a aplicação da teoria leva em consideração a noção de solidariedade e quais as dificuldades para concretizar esta concepção em face da estruturação dada à pela legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da onerosidade excessiva; hardship; cláusula *rebus sic stantibus*; contratos de longa

duração; Código Civil brasileiro; Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the Excessive Onerosity Theory, meaning the occurrence of fundamental alterations that takes of the balance of the contract. First will be examined its historic background (rebus sic standibus clause) in the Brazilian Civil Code. After that, the focus given by the current Brazilian Civil Code and the Brazilian Consumer Code, especially in order to explain the content of hardship, its requirements and its consequences. Finally, will be demonstrated if the issues that outcome from the application of the Theory must be based on compliant or solidary between parties, and, at last, the difficulties to accomplish that from the structure given to the hardship by the legislation in effect.*

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS, Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg - Alemanha, Advogado em Porto Alegre.

KEYWORDS: *Excessive onerosity theory; hardship; rebus sic standibus clause; long-term contracts; brazilian Civil Code; Code of Consumer Protection.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica da onerosidade excessiva no Direito Civil Brasileiro; 2 A disciplina da onerosidade excessiva no Direito brasileiro; 3 O direito à revisão de cláusulas contratuais no Código de Defesa do Consumidor: instrumento para a alteração das circunstâncias supervenientes ou forma de controle de abusividade? Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 Excessive onerosity theory's historic background in the Brazilian Civil Code; 2 Excessive onerosity's regulation in the brazilian Civil Code; 3 The right to revise contractual clauses in the Code of Consumer Protection: instrument for possible alteration of the supervening circumstances or ways to control abusive clauses?; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

Decorre da aplicação do princípio *pacta sunt servanda* a noção de que, uma vez estabelecido o vínculo negocial, este deveria ser rigorosamente cumprido, não podendo o devedor dele se desvencilhar². Esta premissa clássica do direito das obrigações conhece, porém, temperamentos e um dos mais expressivos, e de maior cunho histórico no âmbito do Direito Privado, corresponde à cláusula *rebus sic stantibus*³, cujo propósito, em síntese, é o de facultar ao devedor liberar-se do vínculo – ou até mesmo adaptá-lo –, quando circunstâncias supervenientes e significativas alterarem o pacto primitivo.

No âmbito de uma análise sobre o tema no Direito Civil brasileiro, cumpre, inicialmente, apontar a sua origem na legislação brasileira. Após esta primeira fase, faz-se mister o exame do regime atual da cláusula *rebus sic stantibus* no Código Civil de 2002, que adotou a concepção da onerosidade excessiva, em especial seus pressupostos e consequências.

² Sobre o tema, ver, por exemplo, Johannes Bärman, *Pacta Sunt servanda – Considérations sur l’histoire du contrat consensuel*, in *Revue Internationale de Droit*, 1961, p. 36 e ss.; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 576 e ss., Oxford University Press, 1996; Alain Supiot, *Homo juridicus*, p. 121 e ss. Siglo veintiuno editores, 2007. Para o problema no Direito romano, cf. José Félix Chamie Gandur, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, p. 29 e ss., 2013, Universidad Externado de Colômbia.

³ Cf. R. Köbler, *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, p. 30 e ss., Mohr Siebeck, 1991.

Saliente-se que se aborda o tema com o objetivo de relacioná-lo a uma temática jurídica atual: a questão de saber de que modo o vínculo obrigacional – e mais especificamente o contratual – pode operar mediante soluções cooperativas, sob a premissa de se tratar o contrato de um acordo de vontades pelo qual as partes estabelecem seus interesses comuns.

Pretende-se, portanto, no presente trabalho, a par de indicar as soluções existentes no Direito brasileiro acerca da matéria, vincular o tema sugerido com a noção que procura configurar o vínculo contratual como um sistema de cooperação e não o de meramente um intercâmbio de prestações⁴.

Esta percepção se alia a uma outra concepção contemporânea, que tem como premissa vislumbrar a conexão entre as esferas principiológicas constitucionais e civis, em especial a partir de uma visão solidária do Direito, circunstância a ser observada no Direito Civil brasileiro em face da determinação constante na Constituição Federal de 1988⁵.

Esta questão merece ser especialmente ponderada, na medida em que, na atualidade, examina-se também se nas relações contratuais deve estar presente o papel da solidariedade⁶, o que se conecta ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas⁷. Vincula-se o problema,

⁴ Cf., por exemplo, A. D'Angelo/Pier Giuseppe Monateri/Alessandro Somma, *Buona Fede e Giustizia Contrattuale - Modelli Conflittuali a confronto*, p. 86, Giappichelli Editore, Torino, 2005; Vincenzo Roppo, *Il Contratto del duemila*, p. 86, Giappichelli Editore, 2011, 3. ed. No Direito brasileiro, ver, por exemplo, Giovanni Ettore Nanni, *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*, p. 307, in *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil - Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, São Paulo, Atlas, 2008.

⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

⁶ Ver, por exemplo, C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Liber Amicorum - Études offertes à Jacques Ghestin*, p. 441, LGDJ, Paris, 2001; L. Grymbaum, *La notion de solidarisme contractuel*, p. 25, in *Le Solidarisme Contractuel* (Luc Grynbaum/Marc Nicod), Economica, Paris, 2004; Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *Le Solidarisme Contractuel*, p. 33 e ss., Litec, 2006. Para uma crítica a esta concepção, ver Laurent Leveneur, *Le solidarisme contractuel: un mythe*, in *Le Solidarisme Contractuel*, p. 173 e ss., op. cit. No Direito brasileiro, cf., por exemplo, Paulo Lobo, *Os novos princípios contratuais*, in *Novos direitos*, p. 261, Lumen Juris, 2002.

⁷ Ver a respeito, por exemplo, para o Direito brasileiro: Ingo W. Sarlet, *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, p. 111 e ss., in Antônio Pinto Monteiro/J. Neuner/Ingo Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado - Uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, 2007. No âmbito do Direito europeu, de forma exemplificativa, cf. Lucien Maurin, *Contrat et Droits Fondamentaux*, LGDJ, 2013; Mario Barcellona, *L'Intervento europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in Cesari Salvi, *Diritto Civile e Principi*

em essência, a uma tentativa de reexaminar o contrato não somente como figura, mas também como instituição jurídica em face das alterações sociais, políticas e econômicas contemporâneas⁸. Reputa-se, aqui, que o tema clássico da cláusula *rebus sic stantibus*, mesmo sob outras configurações, serve como campo de análise para esta perspectiva⁹.

Cumpra, porém, antes de ingressar na análise da relação do princípio *pacta sunt servanda* com a cláusula *rebus sic stantibus*, esboçar o desenvolvimento histórico do assunto no Direito Civil brasileiro, expondo como se delineou a mitigação do princípio no ordenamento nacional, a fim de, em um segundo momento, verificar a pertinência das soluções adotadas no Direito brasileiro contemporâneo.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Direito Civil brasileiro possui, como particularidade, a circunstância de haver sido, originariamente, permeável a soluções limitadoras do princípio *pacta sunt servanda*.

Tendo sido influenciado pelo Direito português¹⁰, as Ordenações Filipinas, elaboradas em 1603, e que se constituíram em Direito vigente no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916, contemplavam uma disciplina para os casos de lesão enorme ou enormíssima, sendo enorme a lesão que viesse a ultrapassar a metade do justo preço, e enormíssima quando alguém houvesse recebido a terça parte, apenas do valor de um bem (L, IV, ti. XIII).

Costituzionali europei e italiani, p. 155 e ss., G. Giappichelli Editore, Torino, 2012; Judith Rochfeld, Du Statut du droit contratuel de protection de la partie faible: les interférences du droits des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme", in *Liber Amicorum - Études offertes à Geneviève Vivney*, p. 851 e ss., LGDJ, Paris, 2008; Christophe Jamin, Le Droit des contrats saisi par les droits fondamentaux, in *Repenser le contrat* (Gregory Lewkowicz/Mikahil Xifaras), p. 175, Dalloz, 2009, Paris.

⁸ Nesse sentido, de forma exemplificativa, ver: Christophe Jamin, *Droit et Économie des Contrats*, LGDJ, 2008; Gregory Lewkowicz/Mikhail Xifaras, *Repenser le Contrat*, Dalloz, 2009; Alessandro Somma, *Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economic, and the Public Dimension of Contrat*, in *Law and Contemporary Problems*, v. 76, 2013, p. 105 e ss.

⁹ Nesse sentido, cf. Gunther Teubner, *Die Gesellschaftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystem*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 146, 1982, p. 625 e ss.

¹⁰ Ver, por exemplo, Clóvis do Couto e Silva, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, p. 11 e ss., in *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva* (Vera Fradera), Livraria do Advogado, 1997.

Esta regulação propagou-se das Ordenações para as primeiras normativas editadas no Brasil após a independência, como foi o caso da Consolidação das Leis Civis, de 1850 (arts. 359 e 390).

Vê-se, portanto, a partir deste reconhecido exemplo, a presença, na origem do Direito Privado nacional, de uma solução marcada pela influência da *humanitas*¹¹, e que possuía como objetivo a solução de problemas de equivalência material na gênese da relação obrigacional. Sua importância reside, também, no fato de que a existência desta solução permitia a invocação da analogia para resolver os problemas de onerosidade excessiva no direito anterior.

Contudo, o Código Civil brasileiro, de 1916, não obstante não contemple regra análoga à do art. 1.134 do Código Civil francês¹², de que o contrato faz lei entre as partes, teve marcante a influência liberal, sendo exemplo significativo desta orientação a ausência de recepção da figura da lesão, que, como aludido, vigorava desde longa data no ordenamento brasileiro¹³.

Nesse quadro, o primeiro Código Civil brasileiro não contempla exceções expressas ao princípio *pacta sunt servanda*, ou seja: estabelecido o acordo de vontades, cabia ao devedor cumprir o que pactuou. Não havia, sobretudo, a figura da cláusula *rebus sic stantibus*, como também não se fazia menção ao princípio da boa-fé¹⁴.

A razão principal para esta circunstância decorre das profundas concepções liberais do século XIX, em que se reconhecia como valor supremo o princípio da autonomia da vontade¹⁵. Observe-se que esta não era apenas uma característica do Direito brasileiro, na medida em que o Direito português, na sua primeira codificação, de 1867, não obstante a referida influência do direito das Ordenações, não contemplou qualquer dispositivo acerca da *cláusula rebus sic stantibus*. Contudo, outro motivo pode ser igualmente apontado para a ausência de recepção da cláusula *rebus sic stantibus* no Direito brasileiro: a relativa estabilidade econômica do século XIX, igualmente presente no cenário nacional.

¹¹ Cf. Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, p. 209, Clarendon Press, 1936.

¹² “Art. 1.134. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*”

¹³ Observe-se, igualmente, que a figura da lesão foi expressamente afastada das relações comerciais pelo art. 220 do Código de 1850.

¹⁴ Sobre este ponto, cf. Clóvis do Couto e Silva, *A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro*, in *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 89 e ss., Livraria do Advogado, 1997.

¹⁵ Ver, por exemplo, M. Waline, *L’Individualisme et le Droit*, p. 19 e ss., Paris, 1945.

Acentue-se que esta opção legislativa ocorreu, não obstante haver no Direito brasileiro uma escola jurídica marcada pela influência alemã – a denominada Escola de Recife –¹⁶, razão pela qual os estudos acerca da doutrina da pressuposição de Windscheid¹⁷, bem como as contribuições doutrinárias posteriores – marcadamente de Oertmann¹⁸ e Larenz¹⁹ –, não podem ser reputadas como desconhecidas no Direito brasileiro²⁰.

Muito embora as premissas liberais determinantes para a referida opção legislativa tenham se alterado, precisamente com o advento das grandes crises econômicas a partir dos anos 30 do século passado, que afetaram significativamente o panorama político brasileiro, não houve uma mudança substancial quanto ao tema objeto desta análise.

Esta perspectiva muda paulatinamente na década de quarenta do século XX, por ocasião da primeira tentativa de reforma da codificação²¹: em 1941, elabora-se um anteprojeto da parte geral do código das obrigações²², que contempla a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais²³.

¹⁶ Sobre o tema cf. Mario Losano, *La Scuola di Recife e l'influenza tedesca sul Diritto brasiliano*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1974, v. IV, p. 323 e ss. Observe-se, aqui, o ponto de o primeiro codificador brasileiro ser originário desta Escola e ser professor de legislação comparada.

¹⁷ Ver B. Windscheid, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 78, p. 161 e ss. Para um exame recente desta teoria, ver José Félix Chamie Gandur, *La Adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, p. 113, op. cit.

¹⁸ Paul Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage – ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, Dr. Werner Scholl Verlag.

¹⁹ Cf. Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht*, 3. ed., 1963, Beck Verlag.

²⁰ Ver sobre o assunto no Direito brasileiro, Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, p. 129, José Bushatsky, 1976.

²¹ Ver, por exemplo, Caio Mario da Silva Pereira, *Cláusula rebus sic stantibus*, *Revista Forense*, v. 472, 1942, p. 797; Noé Azevedo, *O dirigismo na vida contratual – Cláusula rebus sic stantibus*, *Revista Forense*, 1944, p. 29.

²² O anteprojeto foi elaborado pelos juristas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães.

²³ “Art. 322. Quando, por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exato desta dificuldade extrema com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contratantes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo ou reduzindo-lhe a importância.”

Contudo, esta tentativa de reforma não é acolhida. Não obstante a permanência do quadro normativo no Direito brasileiro até a década de sessenta, pode-se apontar esta época como a efetivamente propulsora para a alteração do panorama acerca do tema, na medida em que foi marcante o fenômeno da inflação em nossa economia.

É nesse contexto que surgem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os primeiros casos de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, para mitigar o problema da inflação em contratos de execução continuada²⁴.

Ainda na década de sessenta, em 1963, formulou-se nova tentativa de reforma do Código Civil de 1916, mediante um novo Anteprojeto do Código de Obrigações, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira²⁵, que contemplava uma disciplina para a temática da alteração das circunstâncias negociais²⁶.

Ainda uma vez não se concretizou a reforma do Código Civil mediante este anteprojeto. Foi necessário aguardar a constituição de nova comissão de

²⁴ Ver, por exemplo, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário nº 56.960/SP, datada de 13.11.1964, Relator Ministro Hermes Lima, 2ª Turma: "Cláusula *rebus sic stantibus*. A cláusula aplica-se aos contratos de empreitada. A cláusula só ampara o contratante contra alterações fundamentais, extraordinárias das condições objetivas em que o contrato se realizou. Ela não visa, porém, eliminar riscos de negócio, riscos inerentes ao próprio sistema econômico vigente no país. No caso o recorrente não perdeu, deixou apenas de ganhar aquilo que pelo seu cálculo, seria seu justo lucro. Mas a doutrina da imprevisão não objetiva reajustá-los. Ainda no caso em apreço não era imprevisível o aumento do salário mínimo. Recurso conhecido e provido para julgar a ação improcedente". Em seu voto, o Relator faz expressa menção às premissas aqui indicadas: "A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ganha terreno em nosso direito e isto se explica não só pelo princípio de justiça nela existente, como também porque, em períodos de violenta inflação, a oscilação de preços exige para os negócios uma garantia jurídica contra seus efeitos desastrosos. As modificações violentas e imprevisíveis das condições objetivas em que os contratos se consumam justificam a intervenção da justiça para reparar os graves danos que daí podem decorrer. Tanto no campo do direito civil como no de direito administrativo a cláusula referida tem aplicação cada vez mais ampla. Aplica-se, sem dúvida, aos contratos de empreitada".

²⁵ Sobre esta matéria, ver, por exemplo, Fábio Siebeneichler de Andrade, Da codificação - Crônica de um conceito, p. 93, Livraria do Advogado, 1997; Cristiano de Sousa Zanetti, Direito contratual contemporâneo - A liberdade contratual e sua fragmentação, p. 145, Método, 2008.

²⁶ "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 a outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato."

A sentença, então proferida, retroagirá seus efeitos à data da citação da outra parte.

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

juristas, em 1969, mediante a coordenação do Professor Miguel Reale, para que se desenvolvesse um novo anteprojeto de Código Civil.

2 A DISCIPLINA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 OS PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Após longa tramitação, o projeto de Código Civil, elaborado em 1972, foi finalmente promulgado em 2002, tendo entrado em vigor no ano de 2003. Entre as diversas alterações em face ao direito anterior estabeleceu, no art. 478, o regime para a aplicação da resolução por onerosidade excessiva²⁷.

A primeira observação decorre da utilização pelo codificador brasileiro do modelo italiano, extraída do art. 1.467, alínea 1, do Código Civil de 1942²⁸, uma das primeiras soluções nas codificações europeias do século XX²⁹. Constitui esta opção uma aproximação entre o Direito brasileiro e o Direito italiano, a partir da codificação de 2002, na medida em que desconsiderou as referências à teoria da base do negócio e à teoria da imprevisão, respectivamente de origem germânica e francesa³⁰.

Cumprido, neste ponto, inicialmente examinar os requisitos exigidos pelo Código de 2002 para a configuração da onerosidade excessiva, estabelecendo, em alguns tópicos, paralelos com ordenamentos que também trataram do tema, como, por exemplo, o Direito italiano, no já citado art. 1.467; o Direito português,

²⁷ “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.”

²⁸ “Art. 1.467. [1] *Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione diferita, 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 1.458. [2] La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. [3] La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.*”

²⁹ Cf. Paolo Tartaglia, *Onerosità Eccessiva*, p. 155, 164, Enciclopédia del Diritto, v. XXX, p. 155, Giuffrè, 1980.

³⁰ Ver, por exemplo, Clóvis do Couto e Silva, *A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro*, in *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 89/91, op. cit.

no art. 437 do Código Civil de 1966³¹; ou o Direito alemão, que regula o tema no § 313 do Código Civil alemão³².

O primeiro pressuposto para a onerosidade excessiva consiste em que o vínculo negocial contraído pelas partes seja passível de sofrer a sua incidência. O art. 478 aponta, inicialmente, os contratos de execução continuada ou diferida. Exclui-se, portanto, o de execução instantânea, em que não se identifica espaço de tempo entre a conclusão e o adimplemento, o que se constitui em restrição clássica da matéria, na medida em que a invocação da onerosidade excessiva exige que ocorram alterações supervenientes à configuração do vínculo obrigacional.

A par desta primeira delimitação entre as espécies contratuais, o Código inclui também, no art. 480³³, como passível de aplicação da onerosidade excessiva os contratos unilaterais. Uma vez mais o legislador brasileiro reproduziu a solução do Código Civil italiano, que faz menção a esta classificação no seu art. 1.468. A este respeito, cabe indagar se a onerosidade pode ser invocada no caso de contratos unilaterais gratuitos, como uma doação, ou apenas nos onerosos³⁴,

³¹ “Art. 437. 1. 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 afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

³² “§ 313 (1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.*”

Em tradução livre: “(1) Tendo ocorrido após celebração do contrato, a modificação profunda de circunstâncias, que se constituíram a sua base, sendo que as partes não o celebrariam ou o fariam com outro conteúdo, caso houvessem previsto esta alteração, então pode-se pleitear a revisão do contrato, desde que seja inexigível para uma parte, considerando-se todas as circunstâncias do caso, especialmente a distribuição do risco legal ou contratual do contrato, a vinculação ao contrato não modificado. (2) Configura-se igualmente como uma alteração das circunstâncias quando pressuposições essenciais das partes, que se constituíram em base do contrato, apresentarem-se como falsas”.

³³ “Art. 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.”

³⁴ Nesse sentido, ver, por exemplo, Silvio Salvo Venosa, Direito civil, p. 491, 13. ed., Atlas. Sobre o tema, cf. também Julio Alberto Diaz, A teoria da imprevisão no novo Código Civil brasileiro, Revista de Direito Privado, v. 20, 2004, p. 197/202.

sob o fundamento de que apenas nestes casos se configuraria a possibilidade de ocorrer a onerosidade excessiva decorrente do desequilíbrio na prestação. Em síntese, o sacrifício seria a característica essencial do contrato gratuito.

No ordenamento brasileiro, há que preponderar a solução ampliativa: em primeiro lugar, pela circunstância de que a regra referente aos contratos unilaterais, art. 480, constitui-se em disciplina especial, com consequências próprias, de sorte que ela não está vinculada aos preceitos do artigo geral; em segundo lugar, porque inexistente restrição por parte do legislador. Em terceiro lugar, do ponto de vista finalístico, cumpre resguardar a possibilidade de o contratante, mesmo se a prestação for unilateral e gratuita, invocar a onerosidade excessiva, seja para o redimensionamento da prestação ou para alterar o seu modo de execução. A este respeito, argumente-se que em certos ordenamentos, como é o caso do Direito alemão, no § 528 do BGB, admite-se a possibilidade de resolução do contrato de doação na hipótese de empobrecimento do doador³⁵, o que contribui para a percepção de que o dispositivo do art. 480 possui um campo de aplicação para questões não resolvidas especificamente pelo Direito brasileiro.

No âmbito das diversas classificações dos contratos, indaga-se se a onerosidade excessiva pode ser invocada no caso de o contrato ser aleatório, na medida em que neste caso, seja por sua natureza, ou pela circunstância de as partes terem expressamente outorgado essa condição ao vínculo, os contraentes teriam conscientemente assumido o risco de a prestação tornar-se excessivamente onerosa.

Adotando esta premissa, o Direito italiano afastou expressamente a possibilidade de a onerosidade excessiva ser invocada nos contratos aleatórios no art. 1.469³⁶. Contudo, esta orientação restritiva não se encontra no Direito

³⁵ “§ 528. Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers. (1) Soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung aussertande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinen Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlich Betrags abwenden.”

Em tradução livre: “Restituição devido ao empobrecimento do doador. Na medida em que o doador, após o cumprimento da doação, não esteja em condições de manter-se razoavelmente, e de atender às obrigações alimentares legalmente devidas a seus parentes, cônjuges, conviventes ou ex-mulher ou ex-convivente, poderá ele exigir a devolução da doação sob o fundamento do enriquecimento indevido. O doador poderá evitar a restituição mediante o pagamento da quantia necessária para a manutenção do doador”.

³⁶ “Art. 1.469. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura [1872, 1919, 1933] o per volontà delle parti [1448, 1672, 1472].”

brasileiro: o Código Civil brasileiro não excluiu expressamente os contratos aleatórios do campo da onerosidade excessiva³⁷. A orientação nacional permite o recurso aos remédios previstos em lei, quando o contrato aleatório sofre a perturbação de riscos supervenientes e não passíveis de previsão, correspondentes a uma álea absolutamente extraordinária ao contrato³⁸, não obstante fosse preferível a solução explícita dada por ordenamentos como o Código Civil argentino³⁹ e o Código Civil peruano⁴⁰. Cumpre indagar, porém, se esta abertura do Direito brasileiro frente aos contratos aleatórios possui consequências práticas, tendo em vista que, no âmbito jurisprudencial, não se encontra a incidência desta temática aplicável aos contratos aleatórios⁴¹.

Há que se ter presente, neste ponto, também, que o preceito do art. 478 do Código Civil se aplica aos contratos civis e empresariais – afastando-se os contratos de consumo, que, como se verá, são regulados de forma especial –, devendo ser vislumbrados os princípios de cada um destes vínculos, configurando-se os contratos empresariais como um campo do direito privado em que os pressupostos da figura devem ser examinados *cum granus salis*⁴².

³⁷ Sobre o tema, ver Nelson Borges, A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios, Revista dos Tribunais, v. 782, 2002, p. 81; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, p. 157, Aide, 1991.

³⁸ Cuida-se de solução que encontra orientação favorável na própria doutrina italiana. A respeito, ver Enrico Gabrielli, Estudios sobre Teoria General del Contrato, p. 333, Jurista Editores, 2013.

³⁹ Ao referir-se à aplicação da onerosidade excessiva, o art. 1.198 dispõe o seguinte: “O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produzir por causas alheias ao risco próprio do contrato” (tradução livre).

⁴⁰ “Art. 1.441. Las disposiciones contenidas en el artículo 1.440 se aplican: 2. A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extranas al riesgo propio del contrato.”

⁴¹ Neste sentido, cf. a seguinte ementa: “Contrato bancário. Swap. Ação de revisão e de rescisão. Contrato de natureza especulativa e aleatória que é firmado por pessoa jurídica familiarizada com o mercado de câmbio. Inexistência de relação de consumo. Aplicação das teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva. Inadmissibilidade. Fato superveniente e imponderável que constitui a própria álea do negócio jurídico entabulado. cláusula limitativa de lucro estabelecida em favor da entidade bancária, ademais que não resultou em grave desequilíbrio entre as partes” (TJSP, AC 0105673-27.2010.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, 37ª C.Cív., J. 24.11.2011; RT 916/593).

⁴² Neste sentido, cf. a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Direito empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito civil e direito empresarial, ainda que ramos do direito privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades

Não obstante esta orientação possa ser reputada como tradicional no Direito brasileiro, e em harmonia com a concepção clássica da figura da onerosidade excessiva, pode-se debater acerca da necessidade de estabelecer critérios ponderativos mais elásticos para os contratos empresariais, em especial quando eles são constituídos por partes em desigualdade material ou assimetria, que tem sido definido como *terceiro contrato* por setores da doutrina contemporânea⁴³.

Outro ponto de debate no que concerne aos pressupostos da teoria incide sobre a questão de saber se o devedor em mora pode pleitear a tutela da onerosidade excessiva, na medida em que o Código de 2002 não dispôs expressamente a respeito, como o fez, por exemplo, o Código Civil argentino, no citado art. 1198⁴⁴, e o Código Civil português, no art. 438⁴⁵. Não contém igualmente o Direito brasileiro norma similar à dos Princípios *Unidroit*, no art. 6.2.3 (2), em que se estabelece que o pedido de renegociação deve ser feito imediatamente e que esta solicitação não autoriza a suspensão do cumprimento da prestação devida⁴⁶.

Diante desta indeterminação legislativa, cumpre adotar posição flexível, no sentido de favorecer o interessado em suscitar a onerosidade excessiva, na medida em que o próprio legislador não indicou a inexistência da mora como

que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo; (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. 5. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 936.741/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, J. 03.11.2011).

⁴³ Ver, por exemplo, Vincenzo Roppo, Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, com qualche elemento di novità, in Guido Alpa/Vincenzo Roppo, La Vocazione civile del giurista, p. 178 e ss., Laterza, 2013; Vincenzo Roppo, Il Contratto del Duemila, p. 65, Giappichelli Editore, 2011; Giuseppe Amadio, Il terzo contratto. Il problema, p. 14, in Il Terzo Contratto (Gregório Gitti/Gianroberto Villa), il Mulino, 2008. Especificamente sobre o tema versado, ver Francesco Macário, Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto, in Il Terzo Contratto, p. 179 e ss., op. cit.

⁴⁴ “Art. 1.198. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.”

⁴⁵ “Art. 438. 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 modificou.”

⁴⁶ “Art. 6.2.3 (Effects of hardship) (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.”

requisito necessário para a invocação do benefício. Cumpre, porém, fixar precisamente a situação de mora do devedor, a fim de saber se ela pode ser desconsiderada: se, por exemplo, ela antecede às circunstâncias que determinam a onerosidade excessiva, afetará a posição jurídica do devedor. Da mesma forma, na hipótese em que a mora não possui qualquer vinculação com as referidas causas da onerosidade excessiva. Há que se reputar indicada a diretriz dos Princípios *Unidroit*, no sentido de que o devedor deva expressar a sua irresignação o mais cedo possível, o que, no Direito brasileiro, se configuraria em providências no sentido de notificar o credor acerca de sua pretensão e que, em caso de haver desconformidade deste com o pleito de alteração das condições do contrato, ingresse imediatamente com a ação respectiva⁴⁷.

Relativamente aos pressupostos centrais da figura, adotou o Direito brasileiro a rígida fórmula referente ao evento superveniente, “extraordinário e imprevisível”, que se constitui em fator inibitório para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Acerca desta noção há que se ponderar, inicialmente, que ela deve ser interpretada de forma objetiva, a fim de evitar considerações subjetivas de imprevisibilidade. Contudo, cumpre igualmente afastar uma visão excessivamente rígida, que conduza à solução de que todas as circunstâncias são passíveis de previsão. A este respeito, cabe recordar o exemplo comum que uma situação como uma guerra entre dois países pode ser considerada como um evento extraordinário, mas a alta de preços dela decorrente pode ser qualificada como previsível para as partes.

No que concerne a este pressuposto, a interpretação deve conduzir a concepções que não sirvam de extraordinária barreira para a parte. Observe-se

⁴⁷ Sobre o tema, ver a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Recurso especial. Contrato bancário. Caracterização da mora. 1. Resta pacificado no âmbito da Augusta Segunda Seção desta Corte, o entendimento no sentido de que a simples demonstração de onerosidade excessiva dos encargos cobrados não basta para descaracterizar a mora do devedor e impedir a inclusão do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito. Estas somente ficam impedidas se implementadas, concomitantemente, as seguintes condições: 1) o ajuizamento de ação, pelo devedor, contestando a existência parcial ou integral do débito; 2) efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou do STJ; e 3) que, sendo a contestação apenas parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. Se o devedor não comprova o depósito da parte tida como incontroversa da dívida, não há como ser afastada a mora, porquanto esta resta caracterizada em relação à parte efetivamente devida. Precedentes (REsp 246.106/SP e 607.961/RJ). 2. Ademais, não tendo sido demonstrada nenhuma atitude do autor no sentido de elidida, devendo incidir os encargos dela decorrentes, infirmar tal entendimento demandaria o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ” (AgRg-REsp 735844/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, J. 28.03.2006).

que o legislador brasileiro poderia, por exemplo, ter se espelhado no modelo do Direito português, que, no aludido art. 437, 1, do Código Civil de 1966, utilizou a fórmula “alteração anormal”, que se reputa mais vantajosa para o intérprete, na medida em que apresenta contornos mais flexíveis, favorecendo a aplicação da figura⁴⁸.

Quanto ao ponto central da onerosidade excessiva, a sua análise consiste em uma verificação preponderantemente quantitativa: não basta uma dificuldade à parte para que se caracterize a onerosidade excessiva⁴⁹; cumpre examinar se a prestação sofreu um flagrante agravamento, o que se constitui em matéria de fato. Quanto a este ponto, sobressai a circunstância de que a questão a ser examinada consiste no equilíbrio entre as prestações, tendo como parâmetro inicial o momento da celebração do contrato. Por outro lado, há que se considerar que a solução brasileira reproduz o modelo italiano: não acolheu a concepção de “base do negócio”, fórmula mais ampla e capaz de abranger com flexibilidade situações próximas à figura do erro⁵⁰.

A este respeito impõe-se destacar que se verifica o estabelecimento de disposições contratuais específicas sobre o problema, configurando uma situação de autorregulamentação. Os próprios contratantes estabelecem índices e hipóteses em que está determinada a onerosidade, a fim de prever e afastar a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*. Por outro lado, não é suficiente a presença da onerosidade excessiva. Há que se verificar se a prestação sofreu um substancial agravamento para a parte em face de riscos ou acontecimentos não vinculados à álea do contrato. A este respeito, observa-se o estabelecimento de definições extremamente rigorosas na jurisprudência nacional para a sua caracterização: a eventual oscilação de preço em favor de uma das partes não configura uma vantagem extrema, contrária ao princípio da boa-fé, ou mesmo em desacordo a um princípio inovador presente no Código Civil de 2002, relativo à função social dos contratos⁵¹.

⁴⁸ Para uma análise desta solução, ver Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, p. 277, Almedina, 1994.

⁴⁹ Nesse sentido, Paolo Tartaglia, *Onerosità Eccessiva*, Enciclopédia del Diritto, v. XXX, p. 155/164, Giuffrè, 1980.

⁵⁰ Ver acima nota 31, com a redação do § 313 do BGB.

⁵¹ A este respeito ver a seguinte orientação do Superior Tribunal de Justiça: “Direito civil e agrário. Compra e venda de safra futura a preço certo. Alteração do valor do produto no mercado. Circunstância previsível. Onerosidade excessiva. Inexistência. Violação aos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e probidade. Inexistência. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as

Cabe debater, ainda, a questão de saber se a parte pode invocar a onerosidade excessiva quando já houve o cumprimento do contrato. A concepção predominante, aqui acolhida, orienta-se no sentido da negativa, sob o fundamento de que, se ocorreu o adimplemento do contrato, teria havido uma espécie de renúncia tácita do contratante, que, ao final, reuniu as condições para o adimplemento. Acrescente-se que o argumento da segurança jurídica também desempenha neste tópico um papel importante a impedir que se possa favorecer a noção mais flexível⁵². Consoante será observado posteriormente, esta orientação não vai de encontro à Súmula nº 286 do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se que o Código Civil brasileiro, em seu art. 478, a par de exigir que a prestação se torne excessivamente onerosa, impõe que se configure para o credor uma situação de extrema vantagem⁵³, o que implica a inserção de um

partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível. Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no oriente médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo. O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. A boa fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquetipo social pelo qual impõe-se o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé” (REsp 803.481/GO, Rel^a Min. Nancy Andrichi, 3^a Turma).

⁵² A respeito, ver, por exemplo, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, p. 283, op. cit.; Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro*, p. 417, op. cit.; Luiz Renato Ferreira da Silva, *Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes*, in *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, p. 383, 2012, Atlas. No Direito alemão, a visão restritiva também é regra: cf. Dirk Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, p. 247, 6. ed., Carl Heymans Verlag, 2008.

⁵³ A este respeito, cf. a seguinte decisão: “Apelação cível. Ensino particular. Ação de rescisão contratual cumulada com devolução de valores. Material didático e serviço de aprendizagem. Ausência de direito de arrependimento. Resolução por onerosidade excessiva. Impossibilidade. Inexiste qualquer adinício de prova que tenha havido a denominada venda casada, porquanto o contrato possibilitava a contratação do material didático e do curso separadamente, havendo cláusulas expressas neste sentido. Inexiste abusividade ou ilegalidade na cláusula que não permite o cancelamento da aquisição do material didático. Com efeito, não se trata de contratação a domicílio, na qual é assegurado ao consumidor o prazo de sete dias para se arrepender, conforme art. 49 do CDC. De outro lado, não há falar em resolução por onerosidade excessiva, pois, a par da análise acerca da previsibilidade ou não

requisito adicional para aquele que pretende obter o benefício, razão pela qual a doutrina brasileira tem sido crítica acerca de sua inclusão⁵⁴, buscando relativizá-lo.

A adição deste pressuposto demonstra, em essência, que o Direito brasileiro compreende a cláusula *rebus sic stantibus* em um quadro de organicidade da relação obrigacional⁵⁵, em que não basta a invocação da onerosidade por uma das partes, devendo existir igualmente a possibilidade econômica para o credor de rever o valor de sua prestação. Pretende, portanto, a solução legislativa indagar se o credor possui capacidade econômica para mitigar a onerosidade excessiva, razão pela qual a sua obstinação em alterar o quadro de onerosidade excessiva configuraria uma conduta não cooperativa de sua parte, o que implicaria uma posição contrária ao princípio da boa-fé.

Contudo, sua inserção no art. 478 revela-se contraditória, na medida em que a solução ditada pelo legislador, consoante será observado, encaminhou-se para a extinção do contrato, para o qual a necessidade de observar-se o favorecimento do credor não se apresenta – *prima facie* – como indispensável.

Em face desta análise acerca dos requisitos da teoria da onerosidade excessiva, pode-se, sumariamente, considerar que o ordenamento civil brasileiro estabeleceu exigências de grande complexidade para o devedor que pretender invocar a onerosidade excessiva. Torna-se uma via *crucis* para a parte superar todos os pressupostos elencados na legislação, razão pela qual este caminho exigido para a desoneração do *pacta sunt servanda* pode ser qualificado como excepcional ou mesmo um sonho, difícil de ser alcançado⁵⁶. Muito embora se compreenda que o estabelecimento de uma fórmula para o equilíbrio entre o *pacta sunt servanda* e a modificação do que foi pactuado pelas partes exija determinados pressupostos, é forçoso considerar que o modelo brasileiro é excessivamente rígido, onerando sobremaneira a possibilidade de modulação pelo intérprete, e com isso criando uma dificuldade quase intransponível para

da separação, é certo que este fato não trouxe qualquer vantagem à demandada, nos termos do art. 478 do Código Civil” (TJRS, AC 70045420072, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª C.Cív. J. 30.11.2011).

⁵⁴ Nesse sentido, ver Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias, *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito brasileiro*, p. 415, in *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais* (Wanderley Fernandes), Saraiva, 2. ed., 2012.

⁵⁵ Para a referência ao direito obrigacional como organismo na doutrina nacional, ver Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, p. 6, op. cit.

⁵⁶ Neste sentido, cf. a crítica de João Hora Neto, *A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?*, *Revista de Direito Privado*, v. 16, p. 148 e ss.

a construção de uma concepção cooperativa – ou solidarista – no campo das modificações do contrato por circunstâncias supervenientes⁵⁷.

2.2 SOLUÇÃO PARA A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: EXTINÇÃO OU REVISÃO DO CONTRATO?

Examinados, ainda que de forma panorâmica, os pressupostos para a configuração da onerosidade excessiva, cumpre tratar, ainda que de forma sintética, acerca da solução estabelecida pelo Direito brasileiro para a hipótese de onerosidade excessiva: em princípio, propõe o legislador brasileiro que, superadas todas as premissas aqui indicadas, dar-se-á a extinção do contrato pela sua resolução, tendo a sentença que a estabelecer efeitos retroativos desde a citação. Não se pretendeu, portanto, permitir ao juiz adaptar o contrato a pedido da parte prejudicada.

Observe-se, inicialmente, que a única possibilidade, nesta matéria⁵⁸, que se oferece para o juiz revisar o contrato consta expressamente apenas no art. 480 e concerne somente os contratos unilaterais: nesse caso, a parte poderá pleitear que a sua prestação seja reduzida ou alterada⁵⁹. A lógica legislativa para favorecer a revisão judicial neste caso decorre precisamente do fato de inexistir prestações recíprocas: a extinção, neste caso, implicaria em

⁵⁷ Há que se ter presente que a invocação a ideia de solidariedade ou de cooperação no campo contratual não se confunde com uma visão fraternal ou altruísta da relação contratual. Ela necessita ser concebida mediante o estabelecimento de modelos dotados de normatividade e regulação. A este respeito, ver, por exemplo, a observação crítica de Laurent Leveneur, *Le Solidarisme contractuel: un mythe*, in *Le Solidarisme Contractuel*, p. 173/185 e ss.

⁵⁸ O art. 317 do Código de 2002 permite ao juiz, quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação de vida e o do momento de sua execução, corrigi-la, a pedido da parte, a fim de assegurar o seu valor real. Este é o dispositivo que ampara decisões que favorecem, por exemplo, a simples revisão de preço em contratos agrários, como se pode ver da seguinte ementa: “Preço ínfimo. Manifesto desequilíbrio contratual. Possibilidade de revisão. A força obrigatória dos contratos encontra limites apenas em casos excepcionais, na ponderação com outros princípios, como a boa fé objetiva, função social e equilíbrio econômico. Para viabilizar a revisão contratual, com base na teoria da imprevisão, é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 317 c/c 478, ambos do Código Civil, dentre eles, a desproporção manifesta da prestação, colocando uma das partes em situação de extrema vantagem. Hipótese em que o preço estipulado no contrato, vigente há mais de 15 anos, revela-se ínfimo, muito inferior à média do mercado, impondo-se sua revisão, a fim de que seja restabelecido o equilíbrio contratual” (AC 70051029494, Rel. Des. Paulo Roberto Franz, 10ª C.Cív., J. 25.10.2012).

⁵⁹ “Art. 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.”

uma solução imprópria, na medida em que desoneraria o contratante que se vinculou à prestação unilateral.

Prevê-se, no art. 479, a possibilidade de a resolução ser evitada, na hipótese em que o réu oferecer uma proposta de modificação equitativa das condições do contrato⁶⁰. O modelo para esta solução encontra-se uma vez mais no Direito Civil italiano, art. 1.467, 3, do Código de 1942. O art. 479 conduz a uma série de indagações, seja de ordem material, como de natureza processual⁶¹, que não se esgotam no âmbito do presente trabalho. Surge a questão, por exemplo, de saber se a oferta do réu deverá ser feita em reconvenção (art. 315 do CPC) ou se poderá constar na própria contestação, mediante um pedido contraposto (art. 278, § 1º, do CPC). Em princípio, pondera-se aqui que a oferta do réu pode ser formulada na contestação, pois não se configura em uma espécie de nova demanda de sua parte⁶².

Cabe também a pergunta acerca do conteúdo da oferta: se poderá ser genérica ou deverá ser específica. Nos termos do preceito do Código Civil, inexistente a necessidade para o réu de apresentar uma oferta específica, na medida em que exige a legislação que ele se “ofereça a modificar” equitativamente o contrato. Esta questão vincula-se a um terceiro ponto sobre a matéria: tendo o réu formulado proposta específica, se o autor da ação não a aceitar, haveria a possibilidade de o juiz alterar a proposta do réu? Sobre este ponto, reputa-se que a resposta deve ser negativa, pois o juiz, nesse caso, não está facultado a modificar a proposta do réu⁶³. O mesmo não sucede, porém, caso a oferta do réu tenha sido genérica, em que ele, eventualmente, considere a possibilidade de modificação equitativa pelo juiz. Contudo, caso não surja proposta modificativa

⁶⁰ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”

⁶¹ Ver, por exemplo, Enrico Gabrielli, *Estúdios sobre Teoria General del Contrato*, p. 411 e ss.; Araken de Assis/Ronaldo de Andrade/Francisco Alves, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, p. 729 e ss., 2007; Flávio Luiz Yarshell, *Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de “ação dúplice”?*, in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, 2005, p. 567; Daniel Assumpção Neves, *Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva - Pedido contraposto pela lei material (art. 479 do CC)*, disponível em <www.professordanielneves.com.br>.

⁶² A favor da reconvenção, ver Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 229, nota 3, art. 479, 2014, 33. ed.

⁶³ Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell, *op. cit.*, p. 567; favorável à possibilidade de atuação do juiz, ver Erio Santarelli Zuliani, *Resolução do contrato por onerosidade excessiva*, disponível em <www.nacionaldedireito.com.br/doutrina>.

pelo réu, há que se considerar que não se abre a possibilidade para o juiz, de ofício, de alterar os termos do contrato.

Apontado o caminho legislativo, indaga-se acerca da possibilidade de adotar-se a via revisional, apesar da expressa vinculação do art. 478 à solução extintiva. Muito embora o dispositivo não contemple a possibilidade de revisão, esta circunstância não retira da parte prejudicada a faculdade de pleiteá-la judicialmente: não haveria nesta situação uma hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que esta condição de ação somente estaria ausente, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se houvesse expressa vedação legal⁶⁴.

Não obstante se verifique na doutrina a preponderância de orientações acerca da possibilidade de revisão contratual com fundamento no Código Civil⁶⁵, é forçoso reconhecer que esta temática é discreta na jurisprudência, sendo defendida apenas incidentalmente com base no princípio da conservação do negócio jurídico⁶⁶.

⁶⁴ Ver, por exemplo, MS 11.513/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, 3ª Seção, DJ de 07.05.2007, em que consta o seguinte: “A impossibilidade jurídica do pedido é de ser reconhecida apenas quando há expressa proibição do pedido no ordenamento jurídico”. Ver, igualmente, o REsp 270169/MG, Relator Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, J. 17.11.2011, em que se lê na ementa o seguinte: “A possibilidade jurídica do pedido se traduz em apurar se a pretensão deduzida pela parte mostra-se compatível com a possibilidade de eventual entrega de tutela jurisdicional, seja em face da existência de regulação normativa que, em tese, possa amparar o pedido, seja em razão da inexistência de vedação legal ou de incompatibilidade com o ordenamento jurídico”.

⁶⁵ Ver, por exemplo, o Enunciado nº 367 das Jornadas de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça. Cf. também, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias, Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro, in Fundamentos e princípios dos contratos empresariais, p. 385/434, op. cit. Contrariamente à possibilidade de revisão: José Ricardo Pereira Lira, A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor, Revista de Direito Renovar, v. 44-45, 2009, p. 91.

⁶⁶ Um exemplo de posição favorável no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui natureza apenas incidental, na medida em que foi referido em *obter dictum*, como se verifica da seguinte ementa, do Recurso Especial nº 977.077/GO, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, J. 24.11.2009: “Civil. Recurso especial. Ação revisional de contratos de compra e venda de safra futura de soja. Ocorrência de praga na lavoura, conhecida como ‘ferrugem asiática’. Onerosidade excessiva. Pedido formulado no sentido de se obter complementação do preço da saca de soja, de acordo com a cotação do produto em bolsa que se verificou no dia do vencimento dos contratos. Impossibilidade. Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/2002 – que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual – é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/2002, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170. Na presente hipótese, porém, mesmo admitida a revisão, o pedido formulado não guarda qualquer

Ao se pretender aplicar a revisão, porém, há que se considerar a premissa de que a solução legislativa brasileira enquadra-se em um modelo restritivo, na medida em que, não somente se diferencia dos ordenamentos que explicitamente dispuseram a favor da revisão judicial do contrato – caso do Direito alemão e do Direito português –, como também possui uma matriz distinta: estes ordenamentos se baseiam precipuamente na concepção alemã da base do negócio e da alteração das circunstâncias, enquanto o Direito brasileiro tem como fundamento dogmático a onerosidade excessiva estabelecida pelo Direito italiano, no Código Civil de 1942, acrescida da exigência de que esta estaria vinculada a um favorecimento da posição do credor. Em relação aos modelos europeus, diferencia-se, substancialmente, apenas, do Direito francês, em que ainda se conhece uma acentuada resistência à possibilidade de o juiz determinar a extinção ou a revisão judicial do contrato no âmbito do direito privado⁶⁷.

Acrescente-se que os dispositivos do Código Civil devem ser reputados como subsidiários para alguns grupos de contrato, ou mesmo não aplicáveis, na medida em que já existe previsão legislativa específica para contratos com entes públicos (Lei de Licitação, art. 65, II, *d*), contratos de locação (Lei nº 8.245/1991, art. 68) e, como se verá, dos contratos de consumo. Observe-se, também, que, tendo o Brasil ratificado a Convenção de Viena sobre contratos internacionais de 1980, será esta norma a ser aplicada relativamente ao tema tratado (art. 79), sendo que eventuais lacunas que ela possuir serão sanadas pelos princípios de direito internacional (art. 7, 2).

Nesses termos, o recurso à revisão do contrato por onerosidade excessiva apresenta-se como uma via a ser determinada pelo juiz em casos de extrema necessidade, em que não somente o equilíbrio contratual for extremamente afetado por circunstâncias supervenientes, mas a questão se situa em hipóteses específicas, como, por exemplo, as classificadas pela doutrina contemporânea como o “terceiro contrato”⁶⁸: isto é, os casos em que, no âmbito do direito privado, não se vislumbra o seu enquadramento como relação de consumo, mas, não obstante esta circunstância, apresenta-se uma relação jurídico-econômica

relação com a ocorrência de onerosidade excessiva. O recorrente não pretende retomar o equilíbrio das prestações, mas transformar o contrato de compra e venda futura em um contrato à vista e com isso suprir eventuais discrepâncias entre suas expectativas subjetivas e o resultado apresentado em termos de lucratividade”.

⁶⁷ Ver, por exemplo, Philippe Malinvaud, *Droit des Obligations*, p. 347 e ss., 10. ed., 2007, Litec; Denis Mazeaud, *La Révision du contrat*, relatório francês à Associação Henri Capitat, 2005, disponível em <www.henricapitant.org>.

⁶⁸ A este respeito, cf. nota 41.

assimétrica. Observe-se que, nestas situações, o caminho da extinção contratual pode configurar-se como excessivamente penoso para a parte invocadora da onerosidade excessiva, sobretudo se retirá-la de um vínculo contratual de longa duração em que houve investimentos econômicos relevantes⁶⁹. Nesses casos, poder-se-á determinar a revisão a fim de recompor o equilíbrio contratual com base no que as partes estabeleceram objetivamente no contrato.

Esta reflexão não significa, porém, que se acolha a tese de que a estruturação normativa do art. 478 do Código Civil possa ser amplamente desconsiderada pelo julgador, que invocará, de forma livre, e mesmo de ofício, os princípios da boa-fé e da função social do contrato, que não estabelece inequivocamente a possibilidade de revisão contratual. No caso do Direito Civil brasileiro, a circunstância de o legislador haver concebido uma estrutura normativa explícita para a onerosidade excessiva – como fez o legislador italiano em 1942 e mais recentemente o legislador alemão no seu Código Civil (BGB) – há que ser devidamente considerada pelo Poder Judiciário, sob pena de incidir-se em quadro de hipertrofia do justo, em detrimento da moldura normativa racional fixada pelo codificador, que preconiza o estabelecimento de um procedimento uniforme para as partes contratantes.

Diante deste quadro de indeterminação judicial e doutrinária, de um lado, e de rigorismo legislativo, de outro, pode-se ainda reiterar a tendência de utilização de cláusulas de ajustamento, cláusulas *hardship*⁷⁰, bem como o recurso à arbitragem, em setores expressivos da esfera negocial, particularmente entre grandes empresas, como uma forma de regulação privada para solucionar a problemática da alteração das circunstâncias contratuais. Contudo, estas práticas no ordenamento brasileiro ainda podem ser qualificadas como residuais, razão pela qual a disciplina legislativa do Código Civil ainda há de ser reputada como

⁶⁹ Exemplo significativo deste tipo de relação contratual vislumbra-se no contrato de distribuição, que se revela como um caso em que a jurisprudência francesa no “*arrêt Huart*”, de 1992, admitiu a necessidade de o distribuidor possuir um dever de adaptação do contrato. Sobre o tema, cf., por exemplo, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *Le Solidarisme Contractuel*, p. 546, op. cit.; Laurent Leveneur, *Le Solidarisme Contractuel: un mythe*, p. 184, op. cit.

⁷⁰ Observe-se que a presença destas cláusulas no contrato não significa, necessariamente, que as partes se disponham a negociar e, em caso de negociação, alcancem facilmente um acordo acerca da alegação de onerosidade excessiva. Em especial no direito francês, tem sido suscitada a questão de que a existência de um dever de negociar não implica o de obter um resultado que resolva o conflito acerca das dificuldades econômicas supervenientes. Ver a respeito: em face da decisão entre *Electricité de France e Shell*, nota de J. Robert, in *JCP* 1978, II; sobre a decisão *SAS Novacarb c/SNC Socoma*, nota de B. Fages, in *RTDCiv*, 2008, p. 295; D. Mazeaud, *Renégocier ne rime pas avec réviser*, in *Dalloz*, 2007, p. 765.

indispensável no equacionamento do tema, ainda mais quando se tem presente a necessidade de regulação para o aludido âmbito negocial do “terceiro contrato”, que abrange os vínculos assimétricos do direito privado, e que não se regulam pela disciplina a ser tratada adiante, existente no Código de Defesa do Consumidor.

Em essência, a solução do Código Civil de 2002 aponta, portanto, para um modelo de tratamento do problema de alteração das circunstâncias do contrato no quadro legislativo como essencialmente redutivo. A cláusula *rebus sic stantibus* no Direito brasileiro configura uma solução altamente excepcional e de natureza precipuamente defensiva; inexistente, *prima facie*, de forma expressa, a solução ativa, dinâmica, no sentido de permitir inequivocamente a continuidade do contrato⁷¹ – ainda que para certos setores ou para algumas situações específicas da esfera negocial –, razão pela qual não acolhe o Direito brasileiro as recentes discussões acerca da necessidade de estabelecer modelos abertos à preservação do contrato⁷², de sorte que – consoante já se aludiu – é escasso o espaço para um modelo cooperativo ou solidário no Direito Civil brasileiro neste campo.

3 O DIREITO À REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INSTRUMENTO PARA A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS SUPERVENIENTES OU FORMA DE CONTROLE DE ABUSIVIDADE?

Entre as matérias tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor, encontra-se a possibilidade de o consumidor revisar o contrato de consumo (art. 6º, V)⁷³.

Da análise do texto legal observa-se que ele é flexível no que concerne a determinados requisitos para que o consumidor exerça esse direito. Exige-se apenas a onerosidade excessiva e que esta seja superveniente. Dispensa-se o requisito clássico da imprevisibilidade.

⁷¹ Em face desta circunstância, tramita no Congresso brasileiro Projeto de Lei nº 6.960/2002, com a finalidade de alterar a redação do indicado art. 478 do Código Civil, a fim de favorecer a revisão dos contratos.

⁷² Nesse sentido, ver, por exemplo, para o Direito alemão, Prütting/Wegen/Weinrich, BGB Kommentar, p. 576, 2008, em análise do § 313 do BGB, que autoriza a modificação contratual; no Direito italiano, cf. Francesco Macário, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il Terzo Contratto*, p. 179/190 e ss., op. cit.; para o Direito francês, Denis Mazeaud, *La Révision du contrat*, relatório francês à Associação Henri Capitant, 2005, disponível em <www.henricapitant.org>; Anne-Sylvie Courdier Courdier-Cuisinier, *Le Solidarisme Contractuel*, p. 568, Litec, 2006.

⁷³ “Art. 6º [...] V – São direitos básicos do consumidor: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Esta circunstância não implica, porém, que os demais requisitos anteriormente indicados tenham sido automaticamente afastados pelo Código de Defesa do Consumidor, ou mesmo que não tenham de ser minimamente observados pelo consumidor. É recomendável que o consumidor atente para a problemática da mora quando pretende debater a onerosidade excessiva do contrato. Quanto à questão de saber se pode haver a impugnação, pelo consumidor, da onerosidade excessiva após o cumprimento do contrato, a jurisprudência não apresenta uma resposta específica sobre o tema, pois a orientação dada pela Súmula nº 286 do Superior Tribunal de Justiça, de que o consumidor pode discutir ilegalidades do contrato relativamente à questões abusivas antecedentes, não obstante tenha sido o vínculo negocial extinto⁷⁴, seja por figuras como a novação ou pela quitação⁷⁵, não se relaciona com a temática da revisão do contrato por circunstâncias supervenientes que onerem o contratante. Trata-se, como se percebe do próprio teor da súmula, de questão distinta, referente à existência de “ilegalidades” na gênese do contrato, que poderão ocasionar a necessidade de restituição para a parte de um crédito decorrente do pagamento de valores indevidos⁷⁶.

Em face da redação da norma, indagou-se acerca da interpretação a ser dada ao conceito de onerosidade excessiva, a fim de saber se ele poderia ser avaliado subjetivamente, isto é, a fim de saber se a situação pessoal do contratante

⁷⁴ A este respeito, ver Súmula nº 286 do Superior Tribunal de Justiça: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”. No mesmo sentido, cf. a Súmula nº 36 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “No contrato de crédito rural, é possível o ajuizamento de ação de repetição de indébito sobre diferenças de índices inflacionários decorrentes dos diversos planos econômicos, independentemente da prova do erro e ainda que tenha como objeto contrato quitado”.

⁷⁵ Neste sentido, ver a seguinte ementa: “Apelação cível. Negócio jurídico bancário. Cédula de crédito rural. Plano Collor I. Repetição de indébito. Reajuste pelo IPC. Aplicação do BTNF. Contrato quitado. Sentença. Mantida. Impossibilidade jurídica do pedido. Contratos extintos. Possibilidade de revisão. Cabível a pretensão revisional de contratos extintos, à vista das abusividades intrínsecas ao pacto. Súmula nº 286 do STJ. Ademais, a quitação ou a novação da dívida não são causas impeditivas para os contratos originários. Descabe a alegação da impossibilidade jurídica do pedido, bem como a inviabilidade de se revisar contratos extintos, amparando-se nos fundamentos do art. 6º, § 1º, da LICC, por se tratar de matéria exclusivamente de direito. Do ato jurídico perfeito e ausência de pagamento a maior. Descabe a alegação da instituição financeira de que se trata de ato jurídico perfeito, uma vez que a parte autora tem por objeto apenas readequar a cobrança do índice aplicado para se verificar o débito (saldo devedor) das cédulas rurais e, não, a desconstituição dos contratos” (TJRS, AC 70048600498, Rel. Des. João Barcelos de Souza Júnior, 23ª C.Cív., J. 14.08.2012).

⁷⁶ No mesmo sentido, cf. Luis Renato Ferreira da Silva, Revisão de contratos no Código Civil, p. 378/383, op. cit.

poderia ser levada em consideração para definir a onerosidade ou se ela apenas poderia ser caracterizada do ponto de vista objetivo, para defini-la segundo critérios gerais, de acordo com uma pauta neutra de conduta. Predominou a concepção objetiva, de sorte que as situações pessoais não são consideradas para a matéria⁷⁷.

Aponta-se aqui, em face da construção estabelecida pelo legislador, uma nova relevância à noção de cláusula *rebus sic stantibus* no Direito brasileiro, que se concentra, porém, apenas no que concerne à relação de consumo e que, por força da promulgação do novo Código Civil, em 2002, teve a sua esfera de aplicação explicitada efetivamente a estes vínculos⁷⁸.

Esta tutela de proteção à parte fraca pode ser vinculada à uma concepção solidária do vínculo jurídico, que, como referido, constitui-se em valor e princípio constitucional. Contudo, é forçoso examinar a questão relativa à tutela do consumidor, neste campo, com reserva, pois a flexibilidade da disciplina de modificação das cláusulas contratuais restringe-se, classicamente, aos problemas de maxidesvalorização cambial ocorridos na década de 90 do século XX e seus efeitos sobre o contrato de *leasing*⁷⁹, matéria que atualmente não se configura como um tema jurisprudencial.

Na atualidade, verifica-se a invocação à modificação das cláusulas contratuais precipuamente no que concerne a taxas de juros nos contratos de mútuo. É certo que este campo de tutela é importante. Contudo, ela não está devidamente relacionada à temática da revisão contratual por onerosidade, em face da circunstância de os valores de juros serem antecedentes, estabelecidos no momento da celebração do contrato.

Cumpre, ainda, considerar que a disciplina do Código de Defesa do Consumidor não atende a todas as dimensões passíveis de afetar o consumidor

⁷⁷ Sobre este ponto, ver a seguinte decisão: “Ação de resolução contratual. Alienação fiduciária. Antecipação de tutela. Alegação de onerosidade excessiva. Perda do emprego. A perda do emprego, por si só, apesar de se tratar de fato lamentável, não é suficiente para caracterizar a ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível, capaz de gerar a onerosidade excessiva, como exige o art. 478 do Código Civil” (TJRS, AI 70053068151, Rel. Dr. Jorge André Pereira Gailhard, 14ª C.Cív., J. 01.03.2013).

⁷⁸ Ver, por exemplo, a seguinte decisão proferida no CC 64.524/MT, 2ª Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, que afastou a incidência da legislação favorável ao consumidor para um produtor de soja, em cuja ementa consta o seguinte: “A jurisprudência do STJ reconhece a existência de relação de consumo apenas quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva”.

⁷⁹ A este respeito, cf. o REsp 472.594/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 04.08.2003.

na atualidade, em que avulta a dimensão do crédito na economia contemporânea e os problemas decorrentes do inadimplemento, (re)assumem uma dimensão relevante: de forma específica, no direito contemporâneo tem sido suscitada a temática do superendividamento⁸⁰.

O assunto se vincula ao incremento do crédito ao consumo pelo particular, para facilitar o aumento da aquisição de bens e serviços. Difundem-se meios de circulação do crédito, como cartões de crédito, a fim de propiciar o pagamento em prestações, permitir ao comprador a imediata disponibilização da mercadoria, com o conseqüente acréscimo no preço. Trata-se de um mecanismo que favorece a produção, na medida em que amplia a possibilidade de disponibilização dos bens e serviços⁸¹.

No Direito brasileiro, por exemplo, os casos em que uma pessoa se encontra envolvida com valor expressivo de dívidas, que tolhe a sua capacidade de pagamento e de manter um padrão mínimo de existência, têm acarretado discussões, na medida em que o ordenamento brasileiro não propicia um instrumentário de controle acerca da excessiva assunção de débitos por parte do particular, na medida em que a solução que se estabeleceu em decisões judiciais foi a de limitar o desconto para alguns devedores em determinados patamares de seus vencimentos⁸². Nesses termos, a pura e simples possibilidade de revisar o contrato, mediante a invocação do aludido art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, pode se mostrar insuficiente para o consumidor quando a instituição financeira demonstra que os patamares de juros do contrato encontram-se de acordo com os índices admitidos no mercado, na medida em

⁸⁰ Ver, por exemplo, Sophie Gjidara, *L'Endettement et le Droit Prive*, LGDJ, 1999, p. 119 e ss.; Clarissa Costa de Lima/Karin Bortoncelo, *Superendividamento aplicado - Aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário*, RT, 2010; Andre Perin Schmidt Neto, *Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação*, Revista de Direito do Consumidor, v. 71, p. 25 e ss.

⁸¹ Sobre o tema, ver, por exemplo, Guido Alpa, *Il Diritto dei Consumatori*, p. 97 e ss., Laterza, 1995.

⁸² Mas nem sempre com êxito, consoante se verifica da seguinte ementa: "Agravado de instrumento. Ação ordinária de preceito cominatório (Limitação dos descontos facultativos de servidor público estadual 'superendividado' em 30% dos seus vencimentos). Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC. Embora se compreenda as conseqüências nefastas do superendividamento, tal razão, por si só, não autoriza a limitação dos descontos, considerando que o autor tem empréstimos contratados com os dois réus agravados e também com a Caixa Federal, além de descontos de Ipergs/Pames e MBP/Plano. Nesse contexto, quando não são discutidos juros ou encargos abusivos, inviável alterarem-se as bases contratuais, quando sequer instalado o contraditório, apenas para que a parte autora não se veja privada de mais do que 30% dos seus proventos, quando os empréstimos, ao que se tem e nada foi dito de encontro a isso, foram contraídos de livre vontade sua. Agravo de Instrumento desprovido" (TJRS, AI 70051540912, Relª Desª Ana Lúcia Carvalho Pinto Rebout, 12ª C.Cív., J. 23.05.2013).

que nesses casos não se apresenta uma situação de abusividade, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸³.

Observa-se, portanto, que, também no âmbito da tutela do consumidor, a solução da onerosidade excessiva ainda pode ser qualificada como residual, sendo que o princípio *pacta sunt servanda* ainda exerce uma função significativa. No ordenamento brasileiro, há que se concluir que a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais se opera em casos que – pode-se assim definir – configuram-se como de caráter patológico, ou seja, em que as instituições financeiras extrapolam extraordinariamente os limites para os patamares de juros! Prevalece ainda um largo espectro de situações em que, por força da inoponibilidade da cláusula *rebus sic stantibus*, e da insuficiência de mecanismos aptos à tutela do consumidor no Direito brasileiro, o princípio do *pacta sunt servanda* é predominante, não obstante seja perceptível a necessidade de concretizar a visão cooperativa do vínculo obrigacional.

CONCLUSÃO

O tema versado corresponde a um dos assuntos mais expressivos do Direito Civil por diversas razões: possui caráter de alta relevância histórica; ele marca a evolução do direito contratual. Ao mesmo tempo, constitui-se de flagrante importância contemporânea e prática, na medida em que interessa também às partes e à esfera judicial.

Estas circunstâncias se apresentam de forma marcante no Direito Civil brasileiro: a dialética entre o *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus* possui não somente conteúdo histórico no Direito brasileiro, tendo em vista o debate que se travou desde o início do século XX sobre o tema, como também está presente na sua perspectiva atual.

Por outro lado, o diálogo entre o *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus* é emblemático para o Direito Civil brasileiro: a sucinta análise histórica aqui apresentada é reveladora de uma inflexão do direito contratual brasileiro, que pode ser reputado como avançado ao conhecer a possibilidade de aplicação da figura da lesão no período oitocentista e cuja doutrina apresentava soluções para a alteração das circunstâncias na década de 40 do século XX! Hoje, porém, demonstra dificuldades para liberar-se de uma concepção excessivamente vinculada a uma solução formalista de resolução desta problemática.

⁸³ Ver por exemplo a decisão proferida pelo STJ no AgRg-REsp 1083216/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma, J. 25.06.2013.

Do que foi sinteticamente demonstrado, pode ser vislumbrado que o modelo adotado pelo Direito brasileiro configura-se como insuficiente, no que concerne ao âmbito da teoria geral do contrato, tendo em vista que a solução geral estabelecida no Código Civil não oferece mecanismos aptos a permitir, de forma segura, a continuidade do contrato. A disciplina do direito do consumidor, por sua vez, apesar de flexível, não se mostra capaz de resolver todos os problemas passíveis de configuração em um ordenamento dinâmico e complexo como o da sociedade brasileira. Trata-se, porém, de uma tensão de polaridade que não concerne exclusivamente ao Direito brasileiro: reflete a perene dialética entre a necessidade de segurança jurídica e justiça contratual que perpassa o direito em geral, como se verifica da tentativa de formulação de princípios gerais no cenário europeu.

A conclusão, portanto, direciona-se para a reflexão de que a cláusula *rebus sic stantibus* possui função residual no Direito Civil brasileiro! No que concerne à alteração das circunstâncias supervenientes, o *pacta sunt servanda* exerce papel predominante. No sistema jurídico atual, a proteção à parte fraca da relação contratual está associada precipuamente ao direito do consumidor. Não obstante o ordenamento civil contemple mecanismos de tutela ao devedor para o caso de modificação das circunstâncias, sua disciplina apresenta-se ainda como redutiva e pouco operacional.

Em uma concepção jurídica baseada na noção de complementaridade, em que o direito contratual não repousa única e exclusivamente sobre o princípio da autonomia da vontade, e sim convive com outros previstos no sistema jurídico, a matéria de alteração das circunstâncias supervenientes precisa ser melhor instrumentalizada, devendo ser preconizada a explicitação da possibilidade de revisão contratual, a fim de evitar tanto a injustiça contratual quanto a insegurança negocial.

