

**GILBERTO PINTO DOS SANTOS**

**REVISÃO DOS CONTRATOS NO  
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**MESTRADO EM DIREITO**

**FRANCA  
2004**

**GILBERTO PINTO DOS SANTOS**

**REVISÃO DOS CONTRATOS NO  
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP, Campus de Franca/SP, para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração: Obrigações no Direito Público e no Direito Privado.**

**Orientador: Professor Doutor Artur Marques da Silva Filho.**

**FRANCA - SP  
2004**

**ABREVIATURAS**

2ºTACIVILSP	-	Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
ADCT	-	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AI	-	agravo de instrumento
amp.	-	ampliada
ap.	-	apelação
Ap. c/ Rev.	-	apelação com revisão
art.	-	artigo
arts.	-	artigos
atual.	-	atualizada
aum.	-	aumentada
BGB	-	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Cód. Civil Alemão)
Câm.	-	Câmara
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
CF	-	Constituição Federal
Cód. Civ.	-	Código Civil
Cons. da Mag.	-	Conselho Superior da Magistratura
Coord.	-	Coordenado
Des.	-	Desembargador
Des <sup>a</sup> .	-	Desembargadora
DJ	-	Diário da Justiça
DJU	-	Diário de Justiça da União
Dr.	-	Doutor
ed.	-	edição

Ed.	-	Editora
etc.	-	<i>et cetera</i>
i.e.	-	isto é
inc.	-	inciso
j.	-	juizado
Jr.	-	Júnior
Liv.	-	Livraria
MG	-	Minas Gerais
Min.	-	Ministro
n <sup>o</sup>	-	número
ob. cit.	-	obra citada
p.	-	página (ou páginas)
p. ex.	-	por exemplo
pág.	-	página
par. ún.	-	parágrafo único
Prof.	-	Professor
Prof <sup>a</sup> .	-	Professora
reimp.	-	reimpressão
Rel.	-	Relator
Rel. Desig.	-	Relator Designado
Rel <sup>a</sup> .	-	Relatora
REsp.	-	Recurso Especial
Rev.	-	Revista
RSTJ	-	Revista do Superior Tribunal de Justiça
SP	-	São Paulo

STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
tir.	-	tiragem
TJDF	-	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJSP	-	Tribunal de Justiça de São Paulo
Trad.	-	tradução
trad.	-	traduzida
v.g.	-	<i>verbi gratia</i>
v.u.	-	votação unânime
vol.	-	volume

## RESUMO

O objeto do presente estudo é o de examinar as causas que podem autorizar a revisão dos contratos, suas circunstâncias e efeitos jurídicos, principalmente em face do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Partindo-se da teoria clássica do contrato (Capítulo I), cuja essência se traduz nos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual e culmina na intangibilidade do *pacta sunt servanda*, passa-se à nova teoria contratual (Capítulo II), que ganhou corpo a partir do final do século XIX, admitindo a interferência estatal e a relativização da força obrigatória dos contratos, de modo a evitar ou a coibir abusos por parte dos contratantes mais fortes, mormente nas situações de contratação de massa, por adesão ou estandardizada.

A relação contratual de consumo (Capítulo III), com suas características e elementos próprios, e a proteção do consumidor na formação e na execução do contrato (Capítulo IV) são tratadas em seguida, particularizando-se os seus aspectos mais relevantes, tais como o princípio da vulnerabilidade do consumidor, publicidade e oferta, informações adequadas sobre o produto ou serviço, dever de garantia, conteúdo e interpretação do contrato, direito de arrependimento pelo consumidor, proteção contra práticas comerciais ou cláusulas abusivas, resolução das obrigações pelo inadimplemento etc.

Por fim, com remissão à doutrina e jurisprudência pertinentes, são analisados os fundamentos e as situações que podem autorizar a revisão contratual (Capítulo V), notadamente aquelas envolvendo abuso do direito, cláusulas abusivas, lesão enorme, caso fortuito ou força maior, teoria da imprevisão e teoria da base do negócio, bem como quais os limites e os seus efeitos, quando admitida a revisão do contrato.

Palavras-chave: Contrato; Revisão; Código do Consumidor.

## RIASSUNTO

L'obiettivo del presente studio è quello di esaminare le cause che possono autorizzare la revisione dei contratti, le loro circostanze e gli effetti giuridici, soprattutto quelli che riguardano il Codice Brasileiro di Difesa del Consumatore.

Partendo dalla teoria classica del contratto (Capitolo I), la cui essenza si traduce nei dogmi dell'autonomia della volontà e della libertà contrattuale e culmina nell'intangibilità del *pacta sunt servanda*, si passa alla nuova teoria contrattuale (Capitolo II), che ha preso corpo a partire della fine del XIX secolo, e che ammette l'interferenza statale e la relativizzazione della forza obbligatoria dei contratti, per evitare o impedire abusi da parte dei contrattanti più forti, principalmente nelle situazioni di contratto di massa, per adesione o standardizzata.

La relazione contrattuale di consumo (Capitolo III) con le sue caratteristiche e i suoi elementi propri, e la protezione del consumatore nella formazione e nell'esecuzione del contratto (Capitolo IV) sono trattate in seguito, esaminando nei suoi particolari i suoi aspetti più rilevanti, come il principio della vulnerabilità del consumatore, pubblicità e offerta, informazioni adeguate sul prodotto o servizio, obbligo di garanzia, contenuto e interpretazione del contratto, diritto di pentimento del consumatore, protezione contro pratiche commerciali o clausole abusive, risoluzione degli obblighi per inadempienza ecc.

Infine, in remissione alla dottrina e alla giurisprudenza pertinenti, sono analizzati i fondamenti e le situazioni che possono autorizzare la revisione contrattuale (Capitolo V), notoriamente quelle che riguardano l'abuso di diritto, clausole abusive, lesione enorme, caso fortuito o forza maggiore, teoria dell'imprevisto e teoria della *basse dell'affaire*, così come quali siano i limiti e i loro effetti, quando è ammessa la revisione del contratto.

Parole chiavi: Contratto; Revisione; Codice di Difesa del Consumatore.

## SUMÁRIO

Introdução.....	1
<b>CAPÍTULO I – O contrato</b>	
1. Conceito.....	3
2. Visão histórica.....	6
3. Função.....	10
4. Princípios fundamentais.....	11
4.1 Autonomia da vontade.....	12
4.2 Consensualismo.....	15
4.3 Força obrigatória.....	16
4.4 Relatividade.....	18
4.5 Boa-fé.....	19
<b>CAPÍTULO II – A nova teoria contratual</b>	
1. A crise na teoria contratual clássica.....	21
2. A nova realidade contratual.....	23
2.1 Função social do contrato.....	25
2.2 Intervencionismo dos Estados.....	28
2.3 Limitação da liberdade de contratar.....	30
2.4 Imposição do princípio da boa-fé objetiva.....	33
2.5 Relativização da força obrigatória dos contratos.....	38
3. Os contratos de massa.....	41
3.1 Contratos de adesão.....	43
3.2 Cláusulas contratuais gerais.....	45
3.3 Contratos relacionais.....	46
<b>CAPÍTULO III – A Relação contratual de consumo</b>	
1. Considerações gerais.....	49
2. Relação jurídica de consumo.....	50
2.1 Consumidor.....	52
2.2 Fornecedor.....	55
2.3 Produto.....	57
2.4 Serviço.....	59
3. Natureza das normas reguladoras da relação de consumo.....	62
3.1 Contexto constitucional.....	64
3.2 Contexto legal.....	65
<b>CAPÍTULO IV – A proteção do consumidor na formação e na execução do contrato</b>	
1. Considerações gerais.....	69

2.	O princípio da vulnerabilidade.....	71
3.	O dever de transparência e informação por parte do fornecedor.....	74
3.1	Publicidade e oferta.....	75
3.2	Informações adequadas sobre o produto ou serviço.....	78
3.3	Informações adequadas sobre o conteúdo do contrato.....	80
3.4	Redação clara do contrato.....	81
4.	A boa-fé como regra de conduta.....	82
4.1	Proibição de publicidade enganosa ou abusiva.....	82
4.2	Proibição de práticas comerciais abusivas.....	87
4.3	Direito de arrependimento pelo consumidor.....	93
5.	O equilíbrio (equidade) contratual.....	98
5.1	Interpretação pró-consumidor.....	99
5.2	A proteção contra cláusulas abusivas.....	101
5.3	Controle judicial dos contratos.....	102
6.	O dever de garantia.....	104
6.1	Vícios de qualidade ou quantidade do produto ou serviço.....	106
6.2	Garantia legal de adequação do produto ou do serviço.....	112
6.3	Garantia legal de segurança do produto ou do serviço.....	114
7.	Inexecução contratual.....	116
7.1	Resolução das obrigações pelo inadimplemento.....	118
7.2	Cobrança da dívida.....	122

## **CAPÍTULO V – A revisão dos contratos no Código do Consumidor**

1.	A revisão contratual e a segurança jurídica.....	127
2.	O fundamento do direito à revisão.....	129
3.	Situações que podem autorizar a revisão contratual.....	132
3.1	Abuso do direito.....	133
3.1.1	A expressão “abuso do direito”.....	134
3.1.2	A consagração legal do abuso do direito.....	135
3.1.3	O abuso do direito e sua distinção de outros institutos afins.....	138
3.1.4	Sanção do abuso do direito.....	139
3.2	Cláusulas abusivas.....	140
3.2.1	Conceito.....	142
3.2.2	Critérios de identificação.....	143
3.2.3	Espécies de cláusulas abusivas.....	145
3.2.4	Nulidades das cláusulas abusivas.....	148
3.3	Lesão enorme .....	150
3.3.1	Fundamentos da lesão.....	151
3.3.2	Natureza jurídica da lesão.....	153
3.3.3	Requisitos e elementos identificadores da lesão.....	155
3.3.4	Efeitos da lesão.....	158
3.4	Caso fortuito ou força maior.....	160
3.4.1	Impossibilidade absoluta e relativa. Conseqüências.....	162
3.5	Teoria da imprevisão.....	163
3.5.1	A cláusula “rebus sic stantibus” e as teorias revisionistas que se seguiram.....	164
3.5.2	Fundamentos para aplicação da teoria da imprevisão.....	175

3.5.3	Pressupostos de aplicação da teoria da imprevisão.....	177
3.5.3.1	Imprevisibilidade do fato superveniente.....	179
3.5.3.2	Ausência de fato imputável ao beneficiário.....	182
3.5.3.3	Fato fora da álea normal.....	183
3.5.3.4	Onerosidade excessiva.....	184
3.5.4	Efeitos da aplicação da teoria da imprevisão sobre o contrato em vigor...	187
3.6	Teoria da base do negócio.....	192
3.6.1	Origem e evolução.....	193
3.6.2	Fundamentação jurídica da doutrina.....	196
3.6.3	Situações de quebra da base do negócio.....	196
3.6.4	Efeitos da aplicação da teoria da base do negócio.....	198
	Conclusões.....	200
	Bibliografia.....	209

## Introdução

Houve um tempo em que se dizia: *pacta sunt servanda*. E esta sentença era proferida com tal determinação, com tamanha força, que fazia acreditar que o descumprimento da palavra dada constituía pecado, levando à danação da alma.

Passou-se o tempo. Vieram novos tempos. O contrato ainda tem força obrigatória e deve ser pontualmente cumprido, porque assim o exige a sua natureza.

Como verdadeiro ato de previsão, o contrato serve a uma espécie de garantia quanto às incertezas do futuro. Sua celebração busca atender à necessidade de segurança que é ínsita no homem. Assim, a contratação infunde nas partes um sentimento de confiança, que lhes permite saber com o que contar, seja quanto ao comportamento do outro no transcurso da relação, seja quanto à ordenação da própria conduta, de modo a alcançar o fim proposto.

E essa confiança se baseia no forte dever ético que cada um tem de honrar as expectativas legitimamente despertadas nos demais, pois “se alguém utiliza as normas contratuais para lograr seus fins pessoais, mas sem consideração da confiança suscitada na outra pessoa, infringe ao mesmo tempo o ético e o jurídico”<sup>1</sup>, porque viola o dever de respeito à outra pessoa, na medida em que a trata como simples meio para alcançar os seus fins individuais.

O Direito, portanto, tem de proteger a confiança originada no comportamento alheio, porque o *poder confiar* é uma condição fundamental para toda a vida social em paz. Nestes tempos, mais do que em qualquer outro, como bem diz Juan Carlos Rezzónico<sup>2</sup>, vivemos “um necessitar inseparável do ser necessitado”.

---

<sup>1</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios Fundamentales de los Contratos*, p. 383-384: “si alguien utiliza las normas contractuales para lograr sus fines personales, pero sin consideración a la confianza suscitada en la otra persona, contraviene a la vez lo ético y lo jurídico”.

<sup>2</sup> REZZÓNICO, J. C. *Obra citada*, p. 392: “un *necesitar* inseparable del *ser necesitado*”

Por outra parte, de tudo isto deriva uma *estrutura de correspondência*, o que progressivamente leva, ao encontro do plúrimo, a uma ordem distinta, que se adverte como uma *ordem de cooperação social*, e então é nessa recíproca dependência social que a confiança deve ser analisada, pois é seu terreno de atuação.<sup>3</sup>

Dentro do terreno dessa ordem de *cooperação social* é que se instituiu a relativização da força obrigatória dos contratos. O respeito à palavra empenhada continua sendo a regra, porém não mais até as últimas conseqüências. O que se reconheceu ser *função social* do contrato contrapôs-se ao princípio do absolutismo no exercício dos direitos, tornando inadmissível que o titular de um direito subjetivo possa servir-se deste direito contra alguém desde que com isso cause ruínas superiores às vantagens que tira.

Assim, a par da obrigatoriedade que lhe é própria, coexistem várias possibilidades de revisão do contrato, visando ao restabelecimento da equivalência das prestações, ou até mesmo a sua resolução, se a ruptura do equilíbrio for irremediável.

O objeto deste estudo é o de examinar as causas que podem autorizar a revisão judicial dos contratos, suas circunstâncias e efeitos jurídicos, principalmente em face do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Obviamente sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, a intenção é fazer de início uma releitura da teoria contratual geral, passando-se em seguida às particularidades do contrato de consumo e por fim às diversas teorias que tratam das possibilidades de modificação do contrato, em virtude da alteração superveniente das circunstâncias de fato. De tudo e por tudo, o que se procurará aclarar é a razão, ou razões, que justificam a revisão do contrato, até que ponto isso pode e como pode ser feito, bem como quais as conseqüências e em que limites terão de ser suportadas pelos contratantes.

---

<sup>3</sup> REZZÓNICO, J. C. *Obra citada*, p. 392: “Por outra parte, de todo ello deriva una *estructura de correspondencia*, lo que progresivamente lleva, en el encuentro de lo plúrimo, a un orden distinto, que se advierte como un *orden de cooperación social*, y entonces es en esa recíproca dependencia social en la que la confianza debe ser analizada, pues es su terreno de actuación”.

## CAPÍTULO I

### CONTRATO. A TEORIA CLÁSSICA.

*SUMÁRIO: 1. Conceito. 2. Visão histórica. 3. Função. 4. Princípios fundamentais. 4.1. Autonomia da vontade. 4.2. Consensualismo. 4.3. Força obrigatória. 4.4. Relatividade. 4.5. Boa-fé.*

#### 1. Conceito

Na Idade Média, prevalecia um sistema ético subordinado a uma ordem transcendente. Mas a partir do Renascimento essa idéia foi sendo abandonada e os homens procuraram explicar o mundo a partir de dados estritamente humanos.

Dentro dessa nova visão, surgiu um movimento denominado **contratualismo**, abrangendo várias teorias sobre a origem da sociedade e do Estado. Hobbes, por exemplo, entendia que o homem é um ser mau por natureza, egoísta ao extremo, e que só se decidiu a viver em sociedade quando percebeu que a violência apenas causava maiores danos. A sociedade seria então fruto da limitação recíproca dos egoísmos. Por outro lado, Rousseau defendia que o homem natural era um homem bom, mas que teria sido corrompido na medida em que levado a aceitar um contrato histórico, em que prevalecia a vontade dos mais fortes ou astutos. Era, pois, necessário resgatar o homem, para uma nova sociedade, oriunda de um contrato social segundo as linhas da razão. Entre tais posições extremadas, Locke pregava um contratualismo intermédio, sustentando que no estado de natureza o homem já possuía o direito à liberdade e assim, por nascer livre, e por ser livre é que o homem podia pactuar, conseqüentemente sendo o contrato fruto e projeção dessa liberdade.

De tudo isso, explica Miguel Reale:

Da idéia do indivíduo em estado de natureza, sem leis, sem normas, surge a idéia da possibilidade de contratar. Da possibilidade de contratar deriva o fato do contrato; e do contrato, a norma. Note-se que se opera uma inversão completa na concepção do Direito. Tudo converge para a pessoa do homem enquanto homem em estado de natureza, concebido por abstração como anterior à sociedade. A sociedade é fruto do contrato, dizem uns; enquanto que outros, mais moderados, limitarão o âmbito da

gênese contratual: - a sociedade é um fato natural, mas o Direito é um fato contratual.<sup>1</sup>

Assim, em termos gerais, vê-se que o contrato “não é um fato histórico, mas um critério de explicação da ordem jurídica”.<sup>2</sup>

No campo do Direito, porém, o contrato tem um significado mais restrito, traduzindo-se como um conceito jurídico, ou uma construção da ciência jurídica elaborada “com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designado-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito”.<sup>3</sup>

Alguns códigos civis definiram o contrato, valendo citar os exemplos seguintes: espanhol: “O contrato existe desde que uma ou várias pessoas consentem em se obrigar, a respeito de outra ou outras, a dar alguma coisa ou prestar algum serviço”<sup>4</sup>; argentino: “Há contrato quando várias pessoas se põem de acordo sobre uma declaração de vontade comum, destinada a regular seus direitos”<sup>5</sup>; mexicano: “Os convênios que produzem ou transferem as obrigações e direitos tomam o nome de contratos”<sup>6</sup>.

Outros, entretanto, como o nosso Código Civil, não trouxeram definição para o contrato. O Código de 1916 apenas definiu o ato jurídico, dispondo em seu art. 81: “*Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*”. E o atual Código Civil nem isso traz, desde que se reporta aos fatos jurídicos (Livro III), sem descer à conceituação.

A definição acima, segundo Clóvis Bevilacqua, “forneceu-nos os elementos precisos para fixarmos a noção legal desta espécie de atos jurídicos”<sup>7</sup>, isto é, dos contratos. No entanto, ressalva Darcy Bessone: “O critério não é aconselhável. Se o legislador

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 646.

<sup>2</sup> REALE, M. *Obra citada*, p. 650.

<sup>3</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 7.

<sup>4</sup> “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra o otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (art. 1.254).

<sup>5</sup> “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (art. 1.137).

<sup>6</sup> “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos” (art. 1.794).

<sup>7</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 4, p. 245.

conceituou o ato jurídico e se absteve de definir o contrato, quis, por certo, confiar a tarefa à doutrina, dadas as incertezas reinantes no assunto”.<sup>8</sup> Aliás, para este jurista, apesar de irrepreensível a noção fornecida pelo citado art. 81, incorreta seria a sua aplicação aos contratos, desde que estes não abrangem senão os direitos de natureza patrimonial, pois no nosso direito, “especialmente as relações de família e de sucessão não são contratuais”<sup>9</sup>.

Na doutrina, dentre os civilistas brasileiros, por exemplo, Orlando Gomes conceitua o contrato como “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.<sup>10</sup> Caio Mário da Silva Pereira o define como “o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.<sup>11</sup> Washington de Barros Monteiro diz que contrato é “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”.<sup>12</sup> Silvio Rodrigues que “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”.<sup>13</sup> Clóvis Bevilacqua que é “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.<sup>14</sup> Arnaldo Rizzardo que é “a convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa”.<sup>15</sup> E Darcy Bessone conceitua o contrato como “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”.<sup>16</sup>

Todos os conceitos, apesar das pequenas variações, traduzem sempre a idéia central de que o contrato consiste na combinação ou acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos ou produzir efeitos jurídicos, seja no campo patrimonial, seja fora dele, desde que no nosso Direito nada impede sua utilização como instrumento para arranjos diversos nos campos da família ou sucessões.

---

<sup>8</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato. Teoria Geral*, p. 17.

<sup>9</sup> BESSONE, Darcy. *Obra citada*, p. 17.

<sup>10</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 10.

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 3, p. 11.

<sup>12</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 5, p. 5.

<sup>13</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 3, p. 10.

<sup>14</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil...*, p. 245.

<sup>15</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 5.

<sup>16</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*, p. 17.

## 2. Visão histórica

Desde o momento histórico do aparecimento do homem há indícios da existência do contrato, no sentido amplo, ou, pelo menos, do direito, em sua forma mais primitiva, segundo o vetusto princípio romano “ubi societatis, ibi jus”. E, de fato, as trocas ou concessões feitas entre membros das primeiras tribos humanas sem dúvida alguma evidenciavam certa convenção ou combinação de vontades voltada para a modificação do *status quo*.

Arnaldo Rizzardo anota que, muito antes da fundação de Roma, os hebreus já conheciam o instituto do contrato, dando ele o exemplo seguinte: “Na época do cativo de Nínive, Tobias deu emprestado a Gabelo, que residia na cidade de Roges, na Média, dez talentos de prata, e um quirógrafo foi redigido ficando em poder do credor”.<sup>17</sup> E acrescenta:

No antigo Egito, conheciam-se formas rudimentares de contratos, uns disciplinando o casamento, exigindo a sua inscrição no registro público, para estabelecer a filiação; outros, relativos à transação da propriedade e que se completavam em três atos, equivalentes à venda, ao juramento e à tradição. Através do primeiro, denominado ‘ato para o dinheiro’, realizava-se o acordo, entre vendedor e o comprador, sobre o objeto a ser vendido, com a sua designação; sobre o preço ou pagamento e a forma de completá-lo em determinado tempo; e sobre a declaração do vendedor de entregar em tempo prefixado o título de propriedade. Esta era a etapa mais importante. Quanto ao juramento, tinha caráter essencialmente religioso, firmando-o a parte, perante o sacerdote e o comprador. O último consistia simplesmente na entrega da coisa, ou seja, na passagem da posse do objeto vendido ao domínio do comprador.

Na Grécia (...) conheciam-se, desde os primórdios das cidades-estados Esparta e Atenas, formas rudes de relações jurídicas, especialmente ligadas ao casamento e aos bens materiais, não raramente inspiradas em práticas rituais. O casamento se estabelecia em um contrato, proibindo-se a poligamia, mas sem restrições legais ao concubinato. Quanto ao patrimônio, aplicavam-se penas pecuniárias e o confisco de bens, além de castigos físicos e a decapitação, especialmente nas rescisões ou inexecuções.<sup>18</sup>

Em Roma, a convenção por si não bastava para criar a obrigação. O romano entendia não ser possível contrato sem a existência de elemento *material*, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente, eram

<sup>17</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 7.

<sup>18</sup> RIZZARDO, A. *Obra citada*, p. 7.

as categorias de contratos *verbis*, *re* ou *litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no *codex*. Só mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização frequente (venda, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *consensu*, isto é, pelo acordo puro das vontades. Somente aqueles quatro contratos consensuais eram reconhecidos como tais. Nos demais, prevalecia sobre a vontade a materialidade de sua declaração, que haveria de obedecer rigidamente ao ritual consagrado: a inscrição material no livro do credor (contratos *litteris*), a *traditio* efetiva da coisa (contrato *re*), a troca de expressões estritamente obrigatórias (contratos *verbis*), de que a *pollicitatio* era o mais frequente exemplo. Assim, uma vez celebrado com observância estrita do ritual, “o contrato gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*, fator da mais lúdima essencialidade, sem o qual não haveria direito, já que este era nada, se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo”.<sup>19</sup>

No direito romano, portanto, de início o pacto gerava apenas obrigações naturais. Para produzir obrigações civis, exigia-se que fosse aliado a uma *causa civilis*, que consistia numa formalidade exterior, como por exemplo a *stipulatio*, que era a “promessa feita em público, com o uso de palavras solenes”.<sup>20</sup>

Com o passar do tempo, as convenções não contratuais, denominadas *pacta* avolumaram-se. E como às obrigações por elas geradas não se deferisse proteção por meio de ações, os pretores, premidos pelos interesses em conflito, sentiam a necessidade de lhes conferir alguma eficácia e foram admitindo exceções fundadas em convenções - *exceptio pacti conventi*. Passaram, pois a produzir obrigações civis imperfeitas, porque, conquanto não autorizassem o uso de ações, alcançavam proteção indireta, por meio de exceções. A principal exceção era a de não-repetição de prestações recebidas. Outras costumavam ser acolhidas, como, a de compensação ou de retenção. Os pactos eram, portanto, úteis a quem não tivesse de recorrer aos tribunais ou só a eles comparecesse em posição de defesa. Ofereciam particular interesse para as pessoas privadas de capacidade civil, como eram os

---

<sup>19</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, v. 3, p. 12.

<sup>20</sup> BESSONE, Darcy. *Contratos...*, p. 7.

pupilos e os escravos, que não podiam ser titulares de obrigações civis. Assim, as exceções “constituíram o primeiro passo da rica contribuição pretoriana. Logo foram conferidas ações a alguns pactos, sobrevivendo, em conseqüência, a distinção entre os *pacta legitima* e os *nuda pacta*, conforme fossem providos ou desprovidos de ações. E a seguir veio o desaparecimento dos pactos, visto que ao tempo de Justiniano já se admitia que “o contrato seria sempre produtivo (ou fonte) de obrigações”.<sup>21</sup>

O contrato, enfim, veio acompanhando os passos dos comportamentos e relações humanas, num processo que evoluiu junto com a civilização. Reportando-se à doutrina de Henry Summer Maine, estudioso inglês do século passado, Enzo Roppo conclui:

(...) todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode descrever-se, sinteticamente, como um processo de transição do “*status*” ao *contrato*. Com esta fórmula - conhecida simplesmente como “lei de Maine” - quer-se exprimir a idéia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens - poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade - eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de atuação.<sup>22</sup>

Também vale a lembrança de Orlando Gomes<sup>23</sup> de que o conceito moderno de contrato formou-se em conseqüência de diversas correntes de pensamento, especialmente a dos canonistas e a dos jusnaturalistas. Os canonistas, apegados aos valores religiosos, emprestaram ao direito uma inspiração mais elevada, realçando o consentimento e a fé jurada. Para eles, tendo a obrigação nascido de um ato de vontade, o descumprimento da palavra dada equivalia à mentira, constituindo pecado e assim atraindo as penas eternas. Por outro lado, como diz Silvio Rodrigues, a escola do direito natural justificava a obrigatoriedade dos contratos a partir da concepção de que “o homem deve manter-se fiel às suas promessas, em virtude da lei natural que o compele a dizer a verdade. Pode calar-se ou falar. Mas, se fala, e falando promete, a lei o constringe a cumprir tal promessa”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> BESSONE, D. *Obra citada*, p. 8.

<sup>22</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 26.

<sup>23</sup> GOMES, O. *Contratos*, p. 5-6.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 3, p. 12.

O primeiro grande código da idade moderna foi o Código Civil da França, editado em 1804 por Napoleão, o qual certamente inspirou-se no Direito Romano, porém incorporando a nova visão derivada das conquistas políticas, ideológicas e econômicas conseguidas pela burguesia na Revolução de 1789.

No *Code Civil*, o instituto do contrato ganhou posição autônoma, mas de certa forma subordinado à propriedade, instituto-base em torno do qual gravitavam os demais. A razão disso estava em que, nas sociedade do capitalismo nascente, a propriedade (entendida prevalentemente como senhorio e poder de uso e abuso sobre bens materiais) era considerada a categoria-chave de todo o processo econômico, a verdadeira e única fonte de produção e fruição das utilidades econômicas, enquanto ao contrato se assinalava o papel - complementar - de simples meio para a sua circulação, para a transferência daquele senhorio de um sujeito para outro. Ou conforme as palavras de Enzo Roppo: “a única e verdadeira riqueza econômica era representada pela propriedade; o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la”.<sup>25</sup>

Contudo, na medida em que o legislador francês assegurou a liberdade de contratar, baseada no consenso dos contratantes, forneceu o instrumento técnico-jurídico adequado à transferência da riqueza. A liberdade de contratar passou então a possibilitar à burguesia empreendedora adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria. Ao mesmo tempo, porém, continuou a proteger os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade.

O Código Civil da França serviu de modelo para outras codificações, tais como a da Itália de 1865, a de Portugal de 1867, a da Espanha de 1889, a da Alemanha de 1896 e até mesmo a do Brasil de 1916.

### **3. Função**

Caio Mário da Silva Pereira leciona com precisão:

---

<sup>25</sup> ROPPO, E. *O Contrato*, p. 63-64.

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo aeconomicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.<sup>26</sup>

De fato, nos dias de hoje, a sobrevivência no meio social exige a incessante realização de contratos. É mediante contrato que o homem se desfaz de um bem por dinheiro ou em troca de outro bem; que trabalha para receber salário; que se associa a outros; que cede ou transfere direitos; que realiza seguros, empréstimos etc. Em suma, esses instrumentos jurídicos são indispensáveis não só à vida econômica, mas também exercem uma função civilizadora e educativa.

Aproxima ele os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admitiu a possibilidade de obter o necessário pela violência, não pôde apurar o senso ético, que somente veio a ganhar maior amplitude quando o contrato convenceu das excelências de observar normas de comportamento na consecução do desejado. Dois indivíduos que contratam, mesmo que se não estimem, respeitam-se. E enquanto as cláusulas são guardadas, vivem em harmonia satisfatória, ainda que pessoalmente se não conheçam.<sup>27</sup>

De resto, como conclui Caio Mário da Silva Pereira, o contrato ainda realiza uma função social.

O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. Como fonte criadora de direito, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurídica social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva este impulso<sup>28</sup>.

#### **4. Princípios fundamentais**

Os princípios fundamentais do regime contratual são todos fundados no chamado dogma da autonomia da vontade. Cada pessoa é livre para contratar ou não contratar, para discutir e estabelecer todas as cláusulas do contrato, salvo as limitações legais e as

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, v. 3, p. 14.

<sup>27</sup> PEREIRA, C. M. S. *Obra citada*, v. 3, p.14-15.

<sup>28</sup> PEREIRA, C. M. S. *Obra citada*, p. 15.

impostas pelos bons costumes, para fixar os seus efeitos etc. Logo, resultando da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, presume-se o equilíbrio das prestações, por conseguinte reputando-se justo o contrato e como tal obrigatório o seu cumprimento pelas partes.

Basicamente, dentre os princípios que orientam a formação dos contratos, destacam-se os seguintes: a) o da autonomia da vontade; b) o do consensualismo; c) o da força obrigatória; d) o da boa-fé; e e) o da relatividade.

#### **4.1 Autonomia da vontade**

Ensina Enzo Roppo:

Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si - e não por imposição externa - as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no 'consenso' contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio.<sup>29</sup>

Assim, da autonomia da vontade, como força criadora da obrigação, decorre a liberdade de contratar, consubstanciada no poder conferido às partes de estabelecerem pela livre discussão as condições e modalidades de seus vínculos, bem como a extensão e efeitos de suas convenções.

Essa liberdade de contratar, entretanto, nunca foi ilimitada. Além das exceções fáticas impostas no desenrolar da vida social, onde nem sempre podemos escolher com quem contratar (p. ex., nos casos de serviços públicos monopolizados), ou definir o conteúdo do negócio (contratos de adesão), há os limites impostos pela lei, visando a um bem maior, qual seja, o bem estar da coletividade.

Em tais casos, como leciona Caio Mário, o direito positivo prescreve umas tantas normas que integram a disciplina dos contratos, e limitam a ação livre de cada um, sem o que a vida de todo o grupo estará perturbada.

---

<sup>29</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 128.

São os princípios que barram a liberdade de ação individual, e constituem o conteúdo das leis *proibitivas e imperativas*. A lei ordena ou proíbe dados comportamentos, sem deixar aos particulares a liberdade de derogá-los por pactos privados, ao contrário das leis supletivas, que são ditadas para suprir o pronunciamento dos interessados. Quando um contrato é ajustado, não é possível fugir da observância daquelas normas, sob pena de sofrer penalidades impostas inafastavelmente. Os contratantes sujeitam, pois, sua vontade ao ditado dos princípios da *ordem pública e dos bons costumes*.<sup>30</sup>

Normas de ordem pública, vale lembrar, são as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da nação (p. ex.: as que instituem a organização da família; a ordem de sucessão hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado; os preceitos fundamentais do Direito do Trabalho etc.), e bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social (p. ex.: referentes à moral sexual; ao respeito à pessoa humana; à liberdade de culto etc.). Mas como os conceitos de ordem pública e bons costumes variam, e os conteúdos das respectivas normas por via de conseqüência, como bem adverte Caio Mário, certo será então enunciar que em todo tempo “o contrato é momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública, e vice-versa”.<sup>31</sup>

O princípio da autonomia da vontade, e por conseguinte a liberdade de contratar, vem ainda sofrendo outros questionamentos, notadamente após a chamada revolução industrial, que introduziu novos parâmetros ao mercado de consumo e mudou o mundo.

Com o fenômeno da “globalização”, mais ainda acirraram-se as práticas comerciais, gerando fusões de empresas em grandes conglomerados de imenso poder econômico, capazes de ditar comportamentos e políticas visando ao aumento dos lucros.

Nestas circunstâncias, já não se pode acolher a liberdade contratual irrestrita, mas impõe-se o primado do social sobre o individual. Ou como diz Luís Renato Ferreira da Silva:

---

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, v. 3, p. 23.

<sup>31</sup> PEREIRA, C. M. S. *Obra citada*, p. 23-24.

A moderna noção da autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função. Ou seja, deixa de estar voltada tão-somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais, ou, indo-se mais longe, fins necessários, que se impõem à vontade. A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual.<sup>32</sup>

Enfim, já não é possível reconhecer o princípio da autonomia de vontade segundo idealizado pelo liberalismo econômico, que garantia às pessoas o direito irrestrito na liberdade de negociar, de escolher o contratante e de determinar o conteúdo do contrato. A propósito, Pietro Perlingieri adverte:

É necessário verificar se esta ou estas liberdades, em razão da fisionomia que a autonomia privada assume com base nos princípios gerais do ordenamento, encontram correspondência efetiva na teoria dos atos. São esses princípios que servem de base para avaliar se a autonomia privada é digna de proteção por parte do ordenamento: ela não é, portanto, um valor em si. Revela-se indispensável o reexame da noção à luz do juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*) de cada ato realizado, de modo tal que se possa deduzir se estes, individualmente considerados, podem ser regulados, pelo menos em parte, pela autonomia privada.<sup>33</sup>

O atual Código Civil (2002) inclusive dispõe em seu art. 421 que “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

Está em vigor, portanto, uma nova teoria contratual, como adiante será visto.

## 4.2 Consensualismo

Na antigüidade, a formação do contrato exigia mais do que o simples consentimento. Era necessário também certo ritual ou solenidade, sem o que não se concebia a existência jurídica.

Em Roma, o ritual tinha importância decisiva. Os contratos reais se realizavam *per aes et libram*, solenidade executada pelo *libriprens*, que consistia no ato simbólico de

---

<sup>32</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos: Do Código Civil ao Código do Consumidor*, p. 31.

<sup>33</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 18.

pesar numa balança. Os contratos verbais, pela *stipulatio*. Os contratos literais só se perfaziam por meio de um escrito - *litteris* -, que servia não só para a prova, mas para lhes dar existência. Formavam-se pelas *nomina transcripticia* e pelos *chirographa* e *syngraphae*. Somente nos contratos consensuais, que eram escassos, admitia-se a formação pelo simples consentimento.

Aos poucos, entretanto, o incremento do comércio foi abrandando tal rigor formal e já na Idade Média contentava-se com a menção feita pelos escribas no sentido de que todos os rituais haviam sido cumpridos. “E de tal forma generalizou-se a praxe, que se passou a entender de maior importância a menção do fato do que o próprio fato, isto é, passou a ter mais valor a declaração de que as formalidades haviam sido observadas do que a verificação de sua prática efetiva”<sup>34</sup>.

A par disso, os jurisconsultos canonistas entendiam que, acima da sacramentalidade clássica, estava o valor da palavra dada, pois o descumprimento desta constituía pecado, levando à danação da alma.

Formou-se então o princípio do consensualismo, segundo o qual o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. E tal é o que vigora no direito contratual moderno, onde o formalismo passou a ser exceção, reservada apenas para determinados contratos reais ou formais (p. ex.: contratos constitutivos ou traslativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a certa quantia; os pactos antenupciais etc.).

No geral, portanto, o contrato reputa-se celebrado quando há o acordo de vontades entre os contratantes, lembrado que o atual Código Civil dispõe no sentido de que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” (art. 107). E da mesma maneira já regulava o Código Civil 1916, em seu art. 129.

### **4.3 Força obrigatória**

---

<sup>34</sup> CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições...*, v. 3, p. 19.

*Pacta sunt servanda.* Esta foi a regra que durante muito tempo prevaleceu irrestritamente no direito contratual, a ponto de alguns Códigos terem proclamado que “os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram” (p. ex.: Código Civil da França, art. 1.134; Código Civil da Itália, art. 1.372).

O fundamento básico dessa regra está em que cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada. Este princípio, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de fato, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos contratantes, condição necessária para a realização do proveito individual destes e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto.

Diversas doutrinas tentaram justificar a razão dessa obrigatoriedade. Assim, por exemplo, para a escola jusnaturalista (Grotius, Puffendorf), estaria no pacto social, ou seja, numa espécie de convenção tácita em virtude da qual os indivíduos teriam transigido com seus apetites egoístas e determinado o respeito pelos compromissos livremente assumidos. Para os utilitaristas (Jeremy Bentham), teria como suporte a conveniência de cada um, que no respeito ao interesse alheio enxerga o resguardo dos seus próprios. Giorgi, assente nas teses de Vico, Fries e outros, aceita-lhe para supedâneo a decorrência da lei natural, que leva o homem a dizer a verdade, como uma imposição de suas tendências interiores. A escola positivista sustenta simplesmente o princípio da obrigatoriedade no mandamento da lei e diz que o contrato obriga porque assim a lei dispõe. Messineo, reportando-se a Kant, defende a obrigatoriedade como consectário da liberdade de contratar. Outros, ainda, como Ruggiero e Maroi, afirmam que a obrigatoriedade está fundada na unidade da vontade contratual.

Em resumo, o fundamento da obrigatoriedade do contrato ora se assenta na lei, ora no seu conteúdo ético. Ou ainda como afirma Arnaldo Rizzardo:

Em verdade, o contrato obriga em função de várias razões, todas de origem prática, sem necessidade de teorizar os fundamentos. É necessário o cumprimento em virtude da palavra dada, e mais porque a lei ordena a obediência às cláusulas, cominando sanções aos infratores. A estabilidade da ordem social e a necessidade de dar segurança às relações desenvolvidas são outros fatores que ensejam a irretratabilidade.<sup>35</sup>

Mas a antiga rigidez absoluta emprestada ao princípio, que impedia estranhas interferências na esfera da autonomia das partes, inclusive a revisão das cláusulas pelo juiz, encontra-se hoje superada. Hoje prevalece a relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para a intervenção do Estado cedeu ante novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade. Portanto, em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz.

As razões dessa mudança de orientação, os fundamentos e as causas de revisão contratual serão estudadas no Capítulo V.

#### **4.4 Relatividade**

Em regra, os efeitos do contrato só atingem as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros: *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*. A razão disso é, aliás, lógica. “Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que lhes não foi imposta pela lei, nem derivou de seu querer.”<sup>36</sup>

Da mesma forma, como salienta Humberto Theodoro Jr., lembrando Pothier, “a lei interna do contrato não deve ir além do objeto que as partes vincularam ao negócio jurídico, pois não é efeito do contrato criar para o credor um poder ilimitado de ingerência no patrimônio do devedor”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 17.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. 3, p. 17.

<sup>37</sup> THEODORO JR., Humberto. *O Contrato e Seus Princípios*, p. 32.

É importante lembrar porém que o princípio da relatividade dos contratos não é absoluto. De início, obviamente não podem os terceiros deixar de respeitar a existência do contrato. Depois, em algumas situações, a lei estende os efeitos do contrato, ou parte deles, a pessoas estranhas. Como exemplos, vale citar os contratos de seguro de vida, onde podem ser contemplados beneficiários que não foram partes no ajuste (art. 792, Código Civil/2002), ou a obrigação do comprador respeitar o contrato de locação que preencha certos requisitos (art. 8º, Lei n.º 9.245/91), ou, ainda, a subsistência da obrigação na pessoa dos herdeiros dos contratantes, se aquela não for personalíssima (art. 928, Código Civil/1916).

#### 4.5. Boa-fé

Filósofo Miguel Reale:

Se volvermos os olhos para aquilo que nos cerca, verificamos que existem homens e existem coisas. O homem não apenas existe, mas coexiste, ou seja, vive necessariamente em companhia de outros homens. Em virtude do fato fundamental da coexistência, estabelecem os indivíduos entre si relações de coordenação, de subordinação, de integração, ou de outra natureza, relações essas que não ocorrem sem o concomitante aparecimento de regras de organização e de conduta.<sup>38</sup>

Pois bem. Agir sempre com boa-fé é uma dessas regras de conduta indispensáveis no relacionamento humano. Sem a crença num mínimo de honestidade, lealdade e probidade, as pessoas jamais encontrariam ambiente propício para a realização de seus negócios, pois seria impossível a existência da confiança recíproca, essencial na relação contratual.

O princípio da boa-fé constitui assim uma cláusula geral que deve se fazer presente em todos os negócios jurídicos, principalmente nos contratos. Mas como bem lembra Caio Mário da Silva Pereira, já não basta que um indivíduo se apresente na sociedade em atitude passiva, “animado apenas de uma ausência de vontade de prejudicar,

---

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 23.

para que lhe seja concedida proteção jurídica.”<sup>39</sup> Ao contrário, “em acepção mais corrente, seu característico é uma atuação positiva, uma ostentação de *lealdade*.”<sup>40</sup>

Por conseguinte e como melhor se verá adiante, insuficiente a boa-fé subjetiva, que corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Impõe-se, sim, a boa-fé objetiva, que “significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro”.<sup>41</sup>

A despeito de referir-se à boa-fé em assuntos específicos (p. ex.: posse, art. 490; usucapião, art. 550; aquisição a *non domino*, art. 622; pagamento indevido, art. 968; seguro, art. 1443 etc.), o Código Civil de 1916 não trazia cláusula geral a respeito dela.

Mas isso não impedia a aplicação do preceito, pois segundo Clóvis do Couto e Silva, trata-se de “princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe da sua recepção legislativa”.<sup>42</sup>

Ao contrário, o Código Civil de 2002 prevê em seu art. 422: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

---

<sup>39</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*, p. 104.

<sup>40</sup> PEREIRA, C. M. S. *Obra citada*, p. 104.

<sup>41</sup> NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*, p. 72.

<sup>42</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação Como Processo*, p. 30.

## CAPÍTULO II

### A NOVA TEORIA CONTRATUAL.

*SUMÁRIO: 1. A crise na teoria contratual clássica. 2. A nova realidade contratual. 2.1. Função social do contrato. 2.2. Intervencionismo dos Estados. 2.3. Limitação da liberdade de contratar. 2.4. Imposição do princípio da boa-fé objetiva. 2.5. Relativização da força obrigatória dos contratos. 2.6. Proteção da confiança e dos interesses legítimos. 3. Os contratos de massa. 3.1. Contratos de adesão. 3.2. Cláusulas gerais. 3.3. Contratos relacionais.*

#### 1. A crise na teoria contratual clássica

Alberto do Amaral Júnior enfatiza que “a noção de crise acha-se relacionada, por um lado, com as idéias de disfunção, desarranjo e descontinuidade e, por outro, com a subversão da ordem original dos elementos que compõem a estrutura de um sistema dado”<sup>1</sup>.

Tal é o que se deu no campo do direito privado, a partir da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, quando o conjunto das normas existentes mostrou-se defasado ou até insuficiente para dar solução adequada aos novos problemas sociais surgidos.

A energia elétrica, as máquinas e os novos métodos introduzidos no processo industrial colocou a empresa no centro da vida econômica. A produção artesanal foi substituída pela produção em série de bens destinados ao consumo. O mercado passou a ser manipulado pelas grandes campanhas publicitárias, cujo forte poder de motivação e persuasão criou necessidades de consumo além daquelas ditadas pelas exigências físicas ou biológicas dos consumidores. As grandes sociedades por quotas ou por ações permitiram a centralização de capitais isolados, gerando empresas multinacionais detentoras de imenso poder de concorrência, devido aos baixos custos decorrentes da produção em larga escala. A organização e a diversificação dos sistemas de financiamento,

---

<sup>1</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, p. 62.

a agilização dos meios de transportes, a facilidade nas comunicações, enfim estas e outras conquistas deram ao mundo uma nova dimensão.

E conforme lucidamente sintetiza Cláudia Lima Marques:

Com a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito. Este fenômeno aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica e da verdade, também em nossa ciência, o direito. Fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, assegura novos direitos individuais à diferença, destaca os direitos humanos, mas aumenta o radicalismo e o conservadorismo acrítico das linhas tradicionais.<sup>2</sup>

Nessa conjuntura, obviamente o modelo tradicional de contrato tornou-se insuficiente, verdadeiro instrumento à margem da vida, a ponto de alguns preconizarem a sua “morte”. Com razão, porém, salienta Enzo Roppo: “O contrato não está ‘morto’, mas está simplesmente ‘diferente’ de como era no passado; e mais que de um retorno ‘do contrato ao status’, parece legítimo falar de uma passagem de um modelo de contrato a um novo modelo de contrato, adequado às exigências dos novos tempos”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p. 155-157.

<sup>3</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 347.

## 2. A nova realidade contratual

Em artigo intitulado “*Contrato e Mudança Social*”, Paulo Luiz Neto Lôbo resume com precisão a realidade dos nossos dias:

Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços.

O contrato é, pois, fenômeno onipresente na vida de cada um. Até mesmo quando se está dormindo, consome-se bens ou serviços fornecidos em massa.<sup>4</sup>

Por outro lado, a nova realidade da produção, distribuição e consumo em massa exigiu uma maior simplicidade e celeridade nas contratações, de modo a permitir a satisfação do número imenso de consumidores, quase sempre apressados pelo ritmo destes novos tempos.

O contrato tradicional, institucionalizado, segundo a figura clássica e histórica, em que prevalece a teoria da vontade em toda sua plenitude, ficou reservado para determinados negócios maiores, como por exemplo a venda e compra de imóveis. Para as operações ordinárias do dia-a-dia, surgiu um contrato em nova figura, estandardizado ou de adesão, onde os termos e condições de cada operação são colocados em bloco pela parte e assim aceitos pela contraparte, como simples aderente.

Em muitas vezes, nem isso mesmo se vê, pois o contrato se dá a partir de uma simples conduta, de um comportamento socialmente relevante, pois as condições gerais de contratação não são, sequer, visualizáveis .

Modelos eloqüentes que refletem esse automatismo contratual, são aqueles em que a oferta ao público é feita por intermédio de máquinas distribuidoras de pequenos bens de consumo (por exemplo, cigarros, refrigerantes etc.) ou de bilhetes de ônibus ou trens, e a

---

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. In: *Revista dos Tribunais*, v. 722, dez/95. p. 40-45.

aceitação se dá com a simples inserção mecânica de uma moeda no orifício adequado. Em tais situações, o comportamento, ou a conduta adotada e o seu significado econômico-social objetivo, prepondera como verdadeira expressão de uma declaração de vontade. Basta, pois, o “*contacto social*” que se estabelece entre as partes dessa mesma relação, assim entendido “*o complexo de circunstâncias e de comportamentos - valorados de modo socialmente típico - através dos quais se realizam, de fato, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos*”.<sup>5</sup>

As vantagens deste novo modelo de contratação estandardizada são evidentes, na medida em que acelera os negócios e reduz custos de contratação, pois elimina a fase de discussão de cada uma das cláusulas com cada um dos clientes, facilita a administração das relações durante a execução do contrato, visto que todas têm uma disciplina uniforme, enfim funcionam como fator de racionalidade e economia, que acabam refletindo nos custos da empresa e por conseguinte nos preços.

De outro lado, porém, essa despersonalização das relações contratuais, por automatismo ou “contratos standard”, por certo permite o abuso por parte das empresas predisponentes. Não raro, elas usam deste seu poder de determinação unilateral para instituir cláusulas ou condições conformadas aos exclusivos interesses da empresa, garantindo-lhe vantagens excessivas e impondo à contraparte os riscos, ônus e sacrifícios.

Por isso, diz Cláudia Lima Marques:

(...) É tempo de alterar o ponto de concentração do direito civil e pensar no grupo que recebe as declarações, na confiança despertada pela atuação profissional dos fornecedores e não só em estabelecer normas que privilegiam aquele que declara, aquele que redige os contratos massificados, aquele que impõe seus métodos de *marketing* agressivos ou emotivos de venda. No novo direito contratual, a liberdade contratual do profissional não deve ser a única a merecer proteção jurídica, pois sua posição de poder (*Machtposition*) nas tratativas contratuais é clara e intrínseca aos métodos contratuais atuais, mas, sim, deve concentrar no outro, no direito e na liberdade do outro. A liberdade do consumidor é que deve ser protegida, sua autonomia de vontade, racional e efetiva. São tempos de relações contratuais múltiplas, despersonalizadas e a durar no tempo e estender-se a toda uma cadeia de fornecedores de serviços e produtos. Tempos que impõem uma visão da obrigação como um

---

<sup>5</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 302-303.

processo muito mais complexo e duradouro do que uma simples prestação contratual, um dar e um fazer momentâneo entre parceiros contratuais teoricamente iguais, conhecidos e escolhidos livremente.<sup>6</sup>

Em resumo, o novo contrato passa a ter uma concepção social, onde à procura do *equilíbrio contratual*, “na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes”.<sup>7</sup>

## 2.1 Função social do contrato

Conforme palavras do jurista italiano Emilio Betti:

É claro que ao conceder a sua tutela à autonomia privada, a ordem jurídica toma em conta, não o capricho individual, mas apenas a função socialmente relevante do negócio-tipo, considerada em si e por si; e a natureza geral de uma função é coisa diversa do interesse que o indivíduo pode ter pela sua realização no caso concreto.<sup>8</sup>

E, de fato, assim deve ser. Só se poderia admitir a liberdade total do indivíduo, se pudesse ser possível que apenas ele sofresse as conseqüências de sua conduta, vantajosas ou onerosas. Mas isso evidentemente não é possível, desde que a atividade do ser humano “sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes, ou de sua ação sobre os bens, materiais ou imateriais, que lhe proporcionam os meios de conservação e desenvolvimento”.<sup>9</sup>

O ser humano é, pois, “parte de uma comunhão, que é a sociedade, fora da qual o homem, civilmente, não poderia viver”.<sup>10</sup> Logo, ainda que de certa forma, as atividades de cada um interessa a todos e isso autoriza sejam reguladas pelo direito, que “equaciona a vida social, atribuindo aos seres humanos, que a constituem, uma reciprocidade de

---

<sup>6</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 173-174.

<sup>7</sup> MARQUES. C. L. *Obra citada*, p. 101.

<sup>8</sup> BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, v. I., p. 357.

<sup>9</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 51.

<sup>10</sup> RÁO, V. *Obra citada*, p. 52.

poderes, ou faculdades, e de deveres, ou obrigações”<sup>11</sup>, mantendo assim harmonia na sociedade.

Essa preocupação com o todo, o “social”, vem insculpida na Constituição Federal, que em seu art. 1º elegera entre os fundamentos do Estado Brasileiro, a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

Nela também foi afirmado textualmente (arts. 5º, XXIII e 170, III) que a propriedade deve atender “*a sua função social*”, valendo aqui a conclusão de Carlos Araújo Leonetti de que “a expressão ‘propriedade’, nos arts. 5º e 170 da Constituição, é utilizada em sentido amplo, de forma a englobar a titularidade de quaisquer bens ou direitos do particular, sejam de natureza corpórea ou não”.<sup>12</sup>

A socialização do direito dominial, preconizada por Leon Duguit e hoje pacificamente aceita, sem dúvida alguma refletiu-se no campo do Direito dos Contratos, por serem estes os veículos da circulação da propriedade através de seus incontáveis titulares.

De fato, reportando-se a ensinamento de Messineo, arremata Serpa Lopes:

Com razão, os socialistas perceberam que o veículo contratual, usado abusivamente, desatendia a função social da propriedade, visto que a liberdade excessiva de um deles, importava, com efeito, no predomínio despótico que, quando não suprimia a liberdade do outro, a debilitava inflexivelmente, desequilibrando os pratos da balança contratual. Este desequilíbrio das forças volitivas com desiguais cargos de liberdade, deixava a parte mais fraca, incapaz de consentir, sendo, em consequência, coacta, a manifestação de sua vontade, realidade social esta, que passava despercebida aos olhos dos individualistas.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> RÁO, Vicente *Obra citada*, p. 53.

<sup>12</sup> LEONETTI, Carlos Araújo. “Função Social da Propriedade”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 770, dez/99, p. 729-740.

<sup>13</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Fontes das Obrigações: Contratos*, v. 3, p. 36.

Bem por isso, a nova concepção de contrato, consoante leciona Cláudia Lima Marques, é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, “mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância”.<sup>14</sup>

Portanto, atualmente o contrato deve ser visto e utilizado como meio para cumprir os princípios gerais da atividade econômica, que segundo o art. 170 da Constituição Federal deve ser “*fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*”, tendo por fim “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”. Deve ser, assim, instrumento de inclusão social, de proteção dos mais fracos, de realização das expectativas, de valorização da confiança depositada no vínculo, de segurança das relações jurídicas, de combate ao abuso do poder econômico ou de atuações contrárias à boa-fé, enfim de afirmação e de respeito aos direitos fundamentais.

Confirmando essa tendência do primado do social sobre o individual, o Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 421 que “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Hoje, portanto, “um outro princípio de ordem surge, o da interdependência dos indivíduos. O homem tende a ser menos ligado a si mesmo e mais ligados aos outros”.<sup>15</sup>

Cabe aqui, entretanto, a ponderação acertada de Humberto Theodoro Jr.:

A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de ‘assistência social’. Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial, em negócio gratuito e benéfico. Por mais que o indivíduo mereça *assistência social*, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 175.

<sup>15</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato...*, p. 35.

<sup>16</sup> THEODORO JR., Humberto. *O Contrato e sua Função Social*, p. 98.

A função social, assim, é apenas um *plus* que se acrescenta à função econômica, sem no entanto substituí-la. Logo, a *função social* não se apresenta como meta do contrato, mas “como um limite que interfere profundamente no conteúdo do negócio, pelo papel importante que o contrato tem de desempenhar na sociedade”.<sup>17</sup>

## 2.2 Intervencionismo dos Estados

Ao comentarem a Constituição Federal, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins dizem que a “função social visa a coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões (...) da ordem jurídica”, ou seja, “aquelas destinações que poderão levar ao uso degenerado da propriedade a ponto de colocar o seu titular em conflito com as normas jurídicas que a protegem”.<sup>18</sup>

O mesmo pode ser dito com relação ao intervencionismo do Estado no âmbito da autonomia contratual privada, lembrado todavia que o dirigismo, “não é em si uma panacéia, nem um mal, como não é um benefício, porém um esforço de adaptação dos contratos aos fenômenos econômicos e sociais imprevistos, devendo corresponder às razões de oportunidade e às necessidades práticas”.<sup>19</sup>

Em seu art. 174, a Constituição Federal preceitua: “*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”. E no § 1º do mesmo art. dispõe: “*A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento*”.

Disso deduz-se que, no estágio atual das relações de mercado, o Estado é um parceiro necessário das relações econômicas quer ao regulamentá-las, quer ao atuar diretamente como parte interessada.

---

<sup>17</sup> THEODORO JR., Humberto. *Obra citada*, p. 99-100.

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 125.

E a necessidade dessa intervenção estatal é evidente, pois na maioria das vezes a liberdade de contratar é apenas teórica. Assim, como exemplifica Darcy Bessone:

(...) Nas relações entre empregador e empregado, este, em regra, terá de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas conseqüências. Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionadas. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que houver falta no mercado. No mútuo, o mutuário normalmente deixar-se-á explorar, premido por invencíveis dificuldades do momento. Nos contratos com poderosas organizações de transporte e fornecimento de luz, água, gás, telefone, a clientela dispersa não terá meios de se resguardar de condições porventura demasiado rigorosas. Em todos estes casos, como em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania. Para o outro, no expressivo dizer de Menger, será colocado ao lado da guilhotina.<sup>20</sup>

Por outro lado, consoante pondera Paulo Henrique Rocha Scott:

São as funções da fiscalização, do incentivo e do planejamento que, ao lado das atribuições normativa, reguladora e de participação direta no mercado, como agente econômico, endereçadas ao Estado brasileiro, respondem à pretensão constitucional de incorporar o postulado do Estado social – pretensão essa que vincula juridicamente os poderes estatais para que se interessem pelos problemas socioeconômicos e criem as condições necessárias para a obtenção de uma ordem socioeconômica justa, na qual haja um espaço suficiente de liberdade para cada agente econômico, na qual sejam claras as limitações de liberdade, assim como as suas conseqüências sobre os muitos interesses participantes, para que, por exemplo, empreendimentos econômicos possam iniciar e prosseguir sem o temor da ocorrência da hegemonia por parte dos grupos sociais economicamente mais fortes, ou que, quando tal hegemonização ocorrer, haja uma *compensação adequada de interesses* participantes do ambiente socioeconômico.<sup>21</sup>

O dirigismo contratual pelo Estado pode dar-se por três formas: a *legislativa*, mediante imposição de normas cogentes, inafastáveis pela vontades das partes; a *administrativa*, pelo regulamento, controle e fiscalização de determinadas atividades, por meios dos agentes públicos responsáveis pela execução da política econômica; e a *judicial*, pela intervenção do Estado-juiz, para coibir abusos ou fazer a revisão do contrato,

---

<sup>19</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus Sic Stantibus) e Contrato de Adesão no Direito Vigente e no Projeto de Código Civil*, p. 129.

<sup>20</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato...*, p. 34.

<sup>21</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia*, p. 123.

mediante correção ou eliminação das cláusulas iníquas, em suma, para exercer o controle do conteúdo e da justiça contratual.

### 2.3 Limitação da liberdade de contratar

Corolário do dirigismo ou intervencionismo estatal, que se desenvolve no plano econômico geral, como espécie de política de controle, é a limitação da liberdade de contratar, a qual se estabelece no plano individual, interferindo e regulando determinadas atividades ou espécies de contrato, de modo a garantir o efetivo equilíbrio entre as partes ou a liberdade substancial de contratar por parte do contratante fraco.

As revoluções burguesas aboliram os privilégios e discriminações legais oriundos do antigo regime feudal, portanto estabelecendo-se a crença de que todos os cidadãos eram iguais entre si. E se todos se encontravam num plano de recíproca igualdade jurídica, a liberdade contratual era a garantia do equilíbrio e da justiça dos contratos, pois como senhor de seus interesses cada um podia livremente contratar ou não contratar, bem como estabelecer o conteúdo do contrato.

Mas, com o passar do tempo, os fatos mostraram que a realidade era outra. Constatou-se que, no mais das vezes, os fortes exploravam os fracos, engendrando abusos e injustiças de toda ordem. A idéia de que o embate das vontades resultaria um controle recíproco entre os contratantes e por conseguinte a justeza do contrato infelizmente não correspondeu.

É que, como salienta Anelise Becker, lembrando lição de Ludwig Raiser, “...o consenso quase nunca é o ponto de encontro de duas vontades que, tendo dialogado, encontraram uma base de entendimento, mas sim a resultante da intensidade dos meios de pressão com que cada um procurou levar o outro a cedências em relação às suas posições iniciais: negociar não é um exercício de razão, mas um exercício de **poder**”.<sup>22</sup>

Contudo, conquanto seja justo que o homem lute por um dilatado arbítrio, quando defende seus interesses, é mais justo ainda que o círculo social corporalizado no Estado

---

<sup>22</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 66.

sofreie esse livre arbítrio em favor do interesse coletivo. Essa intervenção do Estado, em resguardo da ordem jurídica, particularmente no contrato, significa defesa do indivíduo, na medida em que estará disciplinando a vontade, pautando-a pelos parâmetros da equidade, materializada na equivalência das prestações.

Assim, bem diz Paulo Luiz Neto Lôbo: “O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva mas a justiça social”.<sup>23</sup>

E, de fato, entre os princípios adotados pela Constituição Federal, está aquele que dispõe no sentido de que a ordem econômica deve ter por fim “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*” (art. 170).

A limitação na liberdade de contratar dá-se basicamente em três vertentes: a) limitação da liberdade de escolha do outro contratante; b) limitação da liberdade de escolha do tipo contratual; e c) limitação da liberdade de determinar o conteúdo do contrato, total ou parcialmente.

A primeira delas se verifica nas situações de fornecimento de serviços públicos (água, luz, transporte etc.) ou monopolizados, onde o contratante não tem escolha. Há, nestas hipóteses, praticamente obrigação de contratar.

A segunda vem a ocorrer quando a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, como por exemplo, nos arrendamentos ou parcerias rurais, seguros etc.

E a última quando a lei define ou limita de forma cogente, total ou parcialmente, o conteúdo da relação obrigacional, fixando preços, impondo ou vedando cláusulas, etc., como por exemplo nos contratos de locação de imóveis ou nos contratos de consumo.

---

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. “Contrato e Mudança Social”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 722, dez./95, p. 40-45.

No Brasil dos últimos tempos, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.09.90) representou a mais profunda intervenção estatal no direito dos contratos. Inspirado na Constituição Federal, que determinou ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e 170, V), referido Código ditou normas que promoveram verdadeira renovação na teoria do contrato, ainda mais porque, sendo de ordem pública (art. 1º, CDC), não podem ser alteradas ou restringidas pela vontade das partes, pena de nulidade de pleno direito (art. 51, XV, CDC).

Assim, por exemplo, em determinadas situações, a liberdade de contratar ou não contratar foi até mesmo retirada do fornecedor (p. ex., não pode ele recusar-se a fornecer os produtos oferecidos em apresentação ou publicidade – arts. 30 e 35, CDC; não pode recusar-se a atender às demandas dos consumidores, se tem disponibilidade de estoque – art. 39, II).

Enfim, a intervenção do Estado nas relações contratuais visa a tutela do contratante débil, evitando que, por sua situação de inferioridade, seja compelido a aceitar situações ou cláusulas abusivas que o coloquem em desvantagem exagerada.

#### **2.4 Imposição do princípio da boa-fé objetiva**

Ao concluir a obra *“A Regra Moral Nas Obrigações Civis”*, Georges Ripert adverte: “Se se quiser que o direito fique impregnado de ideal, é preciso mantê-lo em comunhão com as idéias morais que julgamos superiores a todas as outras quer por uma crença invencível, quer por uma confirmação científica de progresso que elas trouxeram à sociedade dos homens”.<sup>24</sup>

A boa-fé é uma dessas idéias morais que norteiam a vida humana e servem de base ao seu desenvolvimento, podendo-se dizer com o Min. Ruy Rosado de Aguiar que “não se concebe sociedade organizada com base na má-fé”.<sup>25</sup>

E, de fato, ressalta Cláudia Lima Marques:

---

<sup>24</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 394.

Como ensinam os doutrinadores europeus, *fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a ‘fidelidade’ e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de ‘fidelidade’ e ‘cooperação’ nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).<sup>26</sup>

Por aí se vê que “a boa-fé não contemporiza com cumprimentos formais; exige uma ponderação teleológica das proposições jurídicas”.<sup>27</sup> Isto é, nos dias de hoje, a boa-fé já ultrapassou o estágio de mera regra de interpretação, ou de direcionamento de intenção, constituindo-se em verdadeira regra de conduta, ou como afirma Heloísa Carpena constituindo-se numa “ética prática”<sup>28</sup>, que serve como elemento limitador dos direitos subjetivos.

Com a precisão e a síntese costumeiras, Clóvis do Couto e Silva afirmou que “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’”.<sup>29</sup>

E, realmente, segundo exemplifica o renomado jurista<sup>30</sup>, nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (‘*mea res agitur*’), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio opera então “como mandamento de consideração”. Se o vínculo diz respeito a atividade que se desenvolve em proveito de terceiro, tais como gestão de negócios ou negócios fiduciários, o dever de levar em conta o interesse da outra parte (‘*tua res agitur*’) é conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário. Nas relações jurídicas onde a cooperação se manifesta em plenitude (‘*nostra res agitur*’), como nas sociedades ou na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa

<sup>25</sup> AGUIR, Ruy Rosado de. “A Boa-fé na Relação de Consumo”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, abr./jun. 1995, p. 20-27.

<sup>26</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 181.

<sup>27</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. *O Abuso Nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-fé*, p. 141.

<sup>28</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito Nos Contratos de Consumo*, p. 79.

<sup>29</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*, p. 29.

<sup>30</sup> COUTO E SILVA, C. *A Obrigação como Processo*, p. 30-31.

suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum .

Em suma, aproveitando a conclusão de Karl Larenz podemos dizer que a conduta humana “é, em ampla medida, um agir dirigido a fins. E, como tal, só a entendemos com base nas experiências que cada um faz consigo mesmo e com os outros”.<sup>31</sup>

No que tange às relações obrigacionais, como em todo processo, “a obrigação *caminha* para algo, orienta-se para algo, encontrando-se neste ‘algo’ o fundamento de sua unidade e de sua existência. Desta forma, a consecução do fim passa a ser muito mais relevante do que a absoluta e perfeita realização de cada um dos passos do percurso temporal”.<sup>32</sup>

Portanto, se o que realmente prepondera é a finalidade do contrato, que se resume na sua utilidade econômico-social, para ele já não pode bastar a boa-fé subjetiva. Esta corresponde ao estado de consciência, ao convencimento da pessoa de estar agindo em conformidade ao direito, ou de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica, ou ainda na ignorância escusável, na crença de uma situação regular. “Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico, ou íntima convicção”.<sup>33</sup>

A formação e execução do contrato pautam-se agora pela boa-fé objetiva, em cujo conceito estão subjacentes as idéias e ideais emanados do direito germânico (§ 242 do Código Civil alemão), segundo os quais os relacionamentos devem seguir um modelo de comportamento tendo a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do outro.

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o

---

<sup>31</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 401.

<sup>32</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, p. 65-66.

<sup>33</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*, p. 411.

bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>34</sup>

Na nova teoria contratual, além do seu natural papel hermenêutico-integrativo, o princípio da boa-fé objetiva exerce ainda: a) a função de fonte de deveres especiais de conduta, os chamados deveres laterais, anexos ou instrumentais, e os deveres secundários ou acessórios, e b) a função limitadora de direitos subjetivos das partes.

Os deveres especiais de conduta abrangem todo o “processo” do contrato, portanto existindo antes, durante e até mesmo depois da efetiva contratação, conforme for o caso, e incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, de modo a que se realizem o fim do contrato e os interesses globais nele envolvidos.

Como destaca Judith Martins-Costa:

Entre os deveres com tais características encontram-se, exemplificativamente: *a) os deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; *b) os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; *c) os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; *d) o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; *e) os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação inicial, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; *f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como v. g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; *g) os deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor etc.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 181-182.

<sup>35</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*, p. 439.

De outro lado, a boa-fé objetiva atua como limitadora do exercício de direitos subjetivos, na medida em que não admite condutas contrárias ao mandamento de agir com lealdade e retidão ou outras capazes de frustrar a finalidade última do contrato, que é a de cumprir a sua função social.

Na sua função limitadora da conduta, a boa-fé se manifesta através da teoria dos atos próprios, proibindo o *venire contra factum proprium*; vedando o uso abusivo da *exceptio non adimpleti contractus*, quando o inadimplemento da outra parte, no contexto do contrato, não o autorizava; impedindo o exercício potestativo de resolução quando houve adimplemento substancial, na linguagem do direito anglo-americano, ou quando o inadimplemento foi de escassa importância, na nomenclatura do Código Civil Italiano; afastando a exigência de um direito cujo titular permaneceu inerte por tempo considerado incompatível (*suppressio*); desprezando a exigência de cumprimento de preceito, feito por aquele que já o descumprira (*tu quoque*) etc.<sup>36</sup>

Enfim, na nova teoria contratual, o apelo à boa-fé objetiva visa à preservação do sinalagma funcional, da relação de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, de modo a que o contrato cumpra seu escopo social.

E este novo paradigma está bem visível no Código de Defesa do Consumidor, onde foi agasalhado pela primeira vez numa lei brasileira, pelo menos em duas passagens:

No art. 4º, ao dizer que: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito sua dignidade,

---

<sup>36</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de. “A Boa-fé na Relação de Consumo”, *ob. cit.*, p. 27.

*saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, estabelece que tal política deverá atender, entre outros, os princípios da “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (inc. III - grifei).*

E no art. 51, ao elencar as cláusulas abusivas, afirma que: *“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (grifei).*

O Código Civil de 2002, como já referido anteriormente, também prevê em seu art. 422: *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.*

## **2.5 Relativização da força obrigatória dos contratos**

O princípio da força obrigatória dos contratos sem dúvida alguma sempre teve e sempre terá sua relevância. Como leciona Humberto Theodoro Júnior:

A vida econômica e social não pode desenvolver-se à base do imprevisto e ao sabor das circunstâncias. Eliminada a segurança no domínio do contrato, as garantias de tutela do ato jurídico perfeito e ao direito adquirido tornam-se meramente retóricas, já que se despem de sua finalidade estabilizadora e construtiva no relacionamento jurídico. A consequência imediata é, para todos, a descrença no programa constitucional estatuído no plano socioeconômico; e para os juristas, as sensação de frustração por não conseguirem traçar limites de atuação do poder, nem eliminar ou neutralizar o desempenho dos oportunistas.<sup>37</sup>

Mas por outro lado, segundo a advertência de Clóvis do Couto e Silva:

---

<sup>37</sup> THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*. A Busca de Um Ponto de Equilíbrio Entre as Garantias do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil, p. 14.

O pensamento, porém, daqueles que vêm no contrato uma vontade abstrata, que defendem a posição de que, uma vez perfeitos, estão livres de toda e qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, outra coisa não consiste senão em considerar o contrato algo meramente formal, verdadeiro mecanismo à margem da vida, maior produtor de conflitos de interesses do que soluções para os mesmos.<sup>38</sup>

Nesses novos tempos, conforme já foi dito, o contrato assumiu um novo papel, deixando de ser um instrumento destinado apenas à proteção dos interesses de cada uma das partes para ser um instrumento de cooperação entre elas e, acima disso, um instrumento “de realização da justiça social, que não é só dele mas de todo o direito”.<sup>39</sup>

No novo modelo, o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou revogado senão por uma nova manifestação de vontade das partes passou a sofrer limitações, seja por meio de leis intervencionistas, seja por meio do Poder Judiciário, autorizado a um controle mais efetivo da justiça contratual e ao exercício de uma interpretação mais teleológica, voltada para a nova concepção social do contrato.

E essa mudança de orientação era imperiosa. A revolução industrial introduziu uma nova realidade mundial, onde gravitam novas necessidades e novos valores. O avanço da ciência, os modernos meios de comunicação e de transporte, a elevação demográfica nos países, a necessidade de produção e distribuição de bens em grandes quantidades, a concorrência entre empresas, a disputa pelo emprego etc. geraram um mundo totalmente novo, sob a tônica da “massificação” e da “globalização”.

Estas e outras transformações acentuaram as desigualdades econômico-sociais, levando ao recuo do individualismo e, por conseqüência, a uma atuação cada vez mais participativa do Estado, que passou a ser assistencial, buscando a elevação do nível de vida e a tutela do indivíduo e de sua família, mediante a criação ou regulamentação de institutos jurídico-sociais (financiamento para aquisição de moradias, direitos trabalhistas, previdência social etc.) ou a intervenção nos negócios privados, de modo a evitar o abuso na liberdade contratual.

---

<sup>38</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação Como Processo*, p. 132.

<sup>39</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. “Contrato e Mudança Social”, *ob. cit.*, p. 44.

Como já referido, nas relações jurídicas de massa, o contrato não decorre tanto da fusão das vontades, mas forma-se a partir de condutas, ou comportamentos que integram o “contato social”. E nesta realidade evidencia-se a restrição da liberdade contratual, mas não para ambas as partes.

O predisponente – contraente ‘forte’ – longe de encontrar na prática dos contratos standard uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um meio para expandir e potenciar o exercício de tais poderes. Por outras palavras, a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra; e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa direta no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente dominante, tem o poder de desenvolver.<sup>40</sup>

Por isso é que impõe-se a atuação estatal, como forma de “repartir” a liberdade entre os contratantes. “Quebra-se a intangibilidade do pacto para, por meio de cláusulas gerais, assegurar a observância dos princípios de boa-fé, justa causa, equilíbrio contratual, etc.”<sup>41</sup>

Busca-se também a proteção da confiança e dos interesses legítimos que nasceram da contratação, inclusive eventuais reflexos perante terceiros.

(...) Não mais se tutela exclusivamente o momento da criação do contrato, a vontade, o consenso, mas, ao contrário, a proteção das normas jurídicas vai concentrar-se nos *efeitos* do contrato na sociedade, por exemplo, no momento de sua execução procurando assim harmonizar os vários interesses e valores envolvidos e assegurar a justiça contratual.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 317-318.

<sup>41</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito...*, p. 29.

<sup>42</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 234.

### 3. Contratos de massa.

Na sua mais recente obra, destinada a “passar em revista, com a simplicidade necessária a uma compreensão maior, as principais mutações por que tem passado o Direito Civil”, o jurista Caio Mário da Silva Pereira asseverou: “(...) o Direito está em mutação constante. Cada época difere da anterior, e será forçosamente diversa da que lhe subseguir”.<sup>43</sup>

Realmente, foi-se o tempo do negócio individual, onde duas pessoas tinham tempo para as tratativas preliminares e, em posição de igualdade perante a lei, discutiam livremente cláusula a cláusula, chegando ao consenso de vontades, que fazia nascer o contrato.

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou. Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores.<sup>44</sup>

Contudo, isso não diminui a importância do contrato, como instrumento jurídico, mas apenas significa, segundo a feliz expressão de Enzo Roppo, que o contrato “está simplesmente ‘diferente’ de como era no passado”. E mais, como completa o referido jurista, na verdade “o contrato vê exaltado o seu papel de instrumento de mediação social: não só recupera plenamente para a sua lógica, relações e situações que, até aí, só nela entravam em formas imperfeitas e distorcidas, mas até conquista espaços e funções novas, sempre mais relevantes”.<sup>45</sup>

De fato, Roberto Senise Lisboa lembra que a padronização do negócio jurídico de massa “acabou por gerar resultados positivos, com a racionalização da atividade empresarial e a celeridade da constituição do pacto – pois em seu modelo, em regra, se faz a predisposição”.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: Alguns Aspectos da sua Evolução*, p. 16.

<sup>44</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 52-53.

<sup>45</sup> ROPPO, Enzo. *Contratos*, p. 337.

<sup>46</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, p. 145.

Naturalmente, essa possibilidade de prefixação unilateral de todo o conteúdo do contrato, ou de parte deste, abre oportunidade para abusos. Alguns consideram até que este poder “legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex* privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir a vontade manifestada pelo outro contratante”.<sup>47</sup>

No entanto, dadas as dimensões dos negócios hoje realizados, tais técnicas de contratação são indispensáveis ao funcionamento do mundo moderno, de modo que só nos resta conviver com elas, valendo-nos dos mecanismos hábeis para coibir eventuais abusos.

Demais, a liberdade de fixação do conteúdo do contrato não é irrestrito. Ou conforme bem explica João de Matos Antunes Varela: “A *liberdade contratual* consiste na faculdade que as partes têm, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem, celebrar contratos diferentes dos prescritos no Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”<sup>48</sup>.

E assim porque, segundo o mesmo jurista: “Além de não haver liberdades que em si próprias se não limitem, para que o contrato goze da tutela que a lei lhe concede, não pode cada um dos contratantes ignorar os valores fundamentais que estão na base do sistema legislativo, nem as limitações destinadas imediatamente a salvaguardar as justificadas expectativas da outra parte e os legítimos interesses de terceiro”<sup>49</sup>.

Neste passo cabe ainda anotar que os contratos de massa tanto podem ser por escrito como não escritos ou orais. E segundo a diferenciação feita pela Comissão das Comunidades Europeias enquadram-se como: a) *contratos de adesão*, aqueles por escrito, preparados e *impressos* com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objetos do contrato; ou b) *contratos submetidos a condições gerais*, aqueles *escritos ou não escritos*, em que o comprador aceita tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e

---

<sup>47</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 54.

<sup>48</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. I, p. 230-231.

<sup>49</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Obra citada*, p. 230-231.

uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.<sup>50</sup>

### 3.1 Contratos de adesão

Conquanto trate-se de questão semântica, não custa registrar a divergência havida sobre se o contrato seria *de* ou *por* adesão. A questão, porém, está praticamente superada, desde que consagrada a expressão “contrato de adesão”, que se tornou corrente na linguagem jurídica, principalmente em França, onde se emprega o termo, “entre seus autores, com certa uniformidade, através da raiz histórica criada por Saleilles.”<sup>51</sup>

Entre nós, Orlando Gomes distinguiu ambos os termos, dizendo que deve ser empregada a expressão *contrato de adesão* para designar a predeterminação *unilateral* do conteúdo de contratos similares, neles insertas as cláusulas uniformes que não podem ser rejeitadas e *contrato por adesão* os vínculos bilaterais a que faltassem as particularidades acima salientadas”. E explicou: “O modo de consentir não é bastante para caracterizar o contrato de adesão. Outras particularidades, tais como a uniformidade e abstratividade das cláusulas preconstituídas unilateralmente, são indispensáveis à sua configuração”.<sup>52</sup>

Verifica-se assim, desde logo, que a estrutura do contrato de adesão não se ajusta bem no esquema clássico do contrato, razão pela qual no início foi tido como “uma degenerescência do contrato”<sup>53</sup> ou como uma “deformação da estrutura do contrato”.<sup>54</sup> Nele resta eliminada a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos, pois “uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos”.<sup>55</sup>

Mas é de ser visto que a característica marcante dos negócios jurídicos bilaterais, entre os quais se situa o contrato, é a sua formação pelo acordo de duas vontades. Não se forma de outro modo. “Já a *regulamentação* dos efeitos do negócio jurídico bilateral não

---

<sup>50</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 56.

<sup>51</sup> MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*, p. 148.

<sup>52</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 129-130.

<sup>53</sup> MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*, p. 127.

<sup>54</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 125.

<sup>55</sup> GOMES, O. *Obra citada*, p. 125.

requer a intervenção de duas vontades. Pode ser expressão da vontade de uma com a qual concorda a outra, sem lhe introduzir alteração”.<sup>56</sup>

Portanto, respeitada a opinião daqueles que atribuem ao contrato de adesão natureza jurídica enquadrada na teoria normativista (segundo a qual as condições gerais do negócio configurariam ato normativo, uma vez que uma vontade unilateral dita sua própria lei a toda uma coletividade indeterminada), parece-me mais correto o enquadramento na teoria negocial, porque bem ou mal a formação do vínculo, o nascimento do contrato, só se dá com a manifestação de vontade do aderente. Enquanto não houver esse consentimento, “o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa, na feliz expressão alemã, de um pedaço de papel (*Stück Papier*)”.<sup>57</sup>

Importante destacar ainda, que “o silêncio do aderente, dependendo da situação externa que o cerca – silêncio qualificado -, poderá ter os mesmos efeitos da adesão, gerando vínculos entre os contratantes”.<sup>58</sup>

Normalmente, os contratos de adesão são elaborados pelo próprio predisponente. Mas há casos em que o conteúdo deriva de recomendações ou imposições feitas por associações profissionais (contratos-tipo), ou mesmo pela lei ou regulamento administrativo (contratos ditados ou regulamentados), como no casos de consórcios e seguros.

Nas relações de consumo, além de o Código de Defesa do Consumidor dispor expressamente sobre o contrato de adesão (art. 54), estabelece que “A *inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato*”.

---

<sup>56</sup> GOMES, O. *Obra citada*, p. 144.

<sup>57</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 62.

<sup>58</sup> MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*, p. 153.

### 3.2 Cláusulas contratuais gerais

Outra técnica de contratação em massa é aquela realizada por meio dos contratos com cláusulas gerais, as quais, como explica Cláudia Lima Marques, “não têm caráter de regulamento, elas fazem parte da oferta concretizada pelo fornecedor”.<sup>59</sup>

É comum a utilização indistinta dos termos contratos de adesão e contratos com cláusulas gerais. Mas as expressões não são sinônimas. Como esclarece Nelson Nery Júnior: “Os contratos de adesão são a *concretização* das cláusulas contratuais gerais, que enquanto não aceitas pelo aderente são *abstratas e estáticas*, e, portanto, não se configuram ainda como contrato. As cláusulas gerais de contratação tornar-se-ão contrato de adesão, dinâmicas, portanto, se e quando forem aceitas pelo aderente”.<sup>60</sup>

Características básicas das cláusulas gerais são: a) o *preestabelecimento* antes do início das tratativas; b) *unilateralidade da estipulação* pelo predisponente ou estipulante; c) *uniformidade* destinada a reger os negócios do estipulante naquela área segundo um padrão; d) *abstração* possibilitando aplicação indistinta a um número indeterminado de relações contratuais; e e) *rigidez* não possibilitando a alteração da cláusula mesmo a pedido da contraparte.

É possível que as cláusulas gerais figurem em parte externa do contrato, como um anexo ou outra forma. Mas para a sua aplicação é preciso que o aderente tenha sido informado disso, que tenha possibilidade de tomar conhecimento do conteúdo e que tenha havido aceitação tácita ou expressa de sua parte.

A propósito, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor é bastante claro: “Art. 46. *Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*”.

---

<sup>59</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 68.

<sup>60</sup> NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto*, p. 461.

De resto, tanto nos contratos de adesão, como naqueles de cláusulas gerais, a interpretação deverá seguir os métodos tradicionais de interpretação dos negócios jurídicos. Mas havendo dúvida quanto ao sentido das cláusulas, a interpretação deve ser a favor do contratante que não as redigiu. O Código de Defesa do Consumidor (art. 47) e o Código Civil de 2002 são expressos sobre isso, dispondo este último: “Art. 423. *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*”.

### **3.3 Contratos relacionais**

Ainda dentre as técnicas de contratação em massa cabe destacar aqueles contratos relativos às relações jurídicas continuadas ou de longa duração, chamados por Cláudia Lima Marques como *contratos cativos de longa duração* e por Ronaldo Porto Macedo Jr. como *contratos relacionais*. Outras denominações também são utilizadas tais como: *contratos múltiplos; contratos conexos; contratos de serviços complexos de longa duração; contratos contínuos* etc.

Parece melhor, entretanto, a denominação “contratos relacionais”, oriunda do direito norte-americano e associada ao nome de Ian Macneil, porque expressa com maior propriedade a verdadeira idéia encerrada no instituto, qual seja, a da “relação” que se estabelece entre as partes, baseada mais na confiança, solidariedade e cooperação do que nos vínculos contratuais expressos.

Exemplos desses contratos são os contratos de plano de saúde, de seguros em geral, de cartão de crédito, de conta corrente bancária, de escola, de linha telefônica, televisão a cabo, fornecimento de luz, água, gás etc., enfim naqueles casos em que há uma relação continuada, voltada para o futuro e normalmente sem prazo de duração determinado.

Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, *status* ou de determinada qualidade de serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de “cativo” – cliente do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos.

Tais serviços envolvem normalmente obrigações denominadas ‘duradouras’ nas quais ‘o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração no débito’. O débito contratual continua o mesmo, isto é, o dever de prestar continua total, assim, mesmo que, por exemplo, o segurado tenha usado os serviços, o dever de prestar assistência médica ou de reembolsar os gastos de saúde, renova-se, continua o mesmo e total, conforme o objetivo do contrato. Não se trata, nestes casos, de mera divisão da prestação contratual no tempo ou de obrigação divisível, fracionável no tempo e no espaço, mas de obrigações renovadas no tempo, que ‘são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo de dever de prestação, até seu término’.<sup>61</sup>

Por conseguinte, sendo a relação obrigacional um todo contínuo, mais ainda se destaca a função da boa-fé objetiva.

Do ponto de vista de uma teoria relacional aqui exposta, a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais. Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança (“reliance”), mas também a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança (“trust”), a função de integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social, conforme visto até agora”.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 87-88.

<sup>62</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, p. 230.

## CAPÍTULO III

### A RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO.

*SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. A relação jurídica de consumo. 2.1 Consumidor. 2.2 Fornecedor. 2.3 Produto. 2.4 Serviço. 3. Natureza das normas reguladoras da relação jurídica de consumo. 3.1 Contexto constitucional. 3.2 Contexto legal.*

#### 1. Considerações gerais

Conforme lição de Vicente Ráo, dois elementos compõem a relação de direito: “uma determinada matéria, ou seja, a própria relação e a idéia de direito, que regula. O primeiro é um elemento material, um simples fato; o segundo é um elemento formal, que se apodera do fato e lhe confere forma jurídica”<sup>1</sup>. Assim, pode-se dizer com Francisco Amaral que “a relação jurídica é a relação social disciplinada pelo direito”<sup>2</sup>.

De sua vez, essa disciplina é que qualifica a relação jurídica no campo do direito, submetendo-a aos institutos jurídicos e ao complexo de normas que lhe são próprios. Apenas para exemplificar, pode-se lembrar o art. 1º do Código Civil de 1916, que assim dispunha: “*Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações*”.

O correto enquadramento da relação contratual no sistema jurídico é assim de capital importância para a verificação dos efeitos e proteção conferidos pela lei. Diante disso, desde logo vale observar que objeto de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor “é a *relação de consumo*, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo por objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor. As relações jurídicas privadas em geral (civis e comerciais) continuam a ser regidas pelos Código Civil, Código Comercial e legislação extravagante”<sup>3</sup>.

No entanto, não se deve esquecer que, naquilo em que o Código de Defesa do Consumidor for omissivo, aplicam-se às relações de consumo as disposições pertinentes do Direito Civil, Comercial, Penal, Administrativo etc. A esse propósito o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor foi categórico: “*Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios do direito, analogia, costumes, e equidade*”.

#### 2. A relação jurídica de consumo

---

<sup>1</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 775.

<sup>2</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, p. 153.

<sup>3</sup> NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...*, p. 441-442.

Ressalta Nelson Nery Jr. que: “O CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio jurídico de consumo’, mas de *relação de consumo*, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões”.<sup>4</sup>

O Direito positivo não fornece a noção, mas apenas os elementos da relação de consumo. Entretanto, a partir destes é possível estabelecer tal conceito, como inclusive já foi adiantado, ou seja, relação de consumo é a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo por objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor.

Para um bom entendimento do que seja efetivamente relação de consumo, não se pode esquecer do seu elemento teleológico, inserto no art. 2º do Código, que considerou consumidor aquele que “*adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*” (grifei).

Daí, leciona Nelson Nery Jr.: “A chave para a identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: *destinação final*, ao consumidor, do produto ou serviço”.<sup>5</sup>

Com todo respeito, não há como aceitar a posição maximalista, que dá ao Código uma aplicação geral, servindo, como disse Gustavo Tepedino, para regular “os diversos setores da economia”.<sup>6</sup> Tal diploma não é um “Código do Consumo”, mas um Código de Defesa do Consumidor, sendo pois irresponsáveis as razões expostas por Cláudia Lima Marques, na apresentação do livro “*A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*”, de Alinne Arquette Leite Novais:

A interpretação finalista, que defendo, tem sua base na vulnerabilidade (presumida ou comprovada) do sujeito de direitos tutelado e restringe conscientemente a figura do consumidor *stricto sensu* àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família e permite a equiparação dos arts. 17 e 29 do CDC somente com base em prova da equiparação. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Assim, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para esses vulneráveis. Assim, a jurisprudência seria construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos, mencionados nesta obra, de contratos de adesão entre profissionais-consumidores, que reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede. (...)

Efetivamente, se a todos considerarmos ‘consumidores’, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo

<sup>4</sup> NERY JR. N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...*, p. 442.

<sup>5</sup> NERY JR. N. *Obra citada*, p. 484.

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo. “A Relação de Consumo e a Nova Teoria Contratual”. In: *Temas de Direito Civil*, p. 209.

CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passa a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto. A definição do art. 2º é a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua *ratio legis*....<sup>7</sup>

Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes referem ainda problemas advindos “de uma ampliação precipitada da abrangência das regras protetivas” a profissionais ou comerciantes, relatando experiências vividas em França, Bélgica e Alemanha.<sup>8</sup>

De outra parte, porém, pouco importa o ato ou o negócio jurídico em si, pois no Código de Defesa do Consumidor não há contratos diferenciados. “Os contratos são os

---

<sup>7</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Obra citada*, p. 13-23.

<sup>8</sup> BONATTO, Cláudio; Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 73-74.

mesmos do direito comum. A nota distintiva é a *função* que assumem de suporte das relações de consumo, cobrando regime jurídico próprio”.<sup>9</sup>

## 2.1 Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor define o consumidor nos termos seguintes:

*“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

*Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”*

Tratando “Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço” (Seção II do Capítulo IV), também equiparou a consumidores as vítimas de danos decorrentes de produtos ou serviços defeituosos:

*“Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”*

E ainda, ao tratar “Das Práticas Comerciais” (Capítulo V), igualmente equiparou todas as pessoas expostas às práticas previstas: *“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”*

Comentando o conceito de consumidor, José Geraldo Brito Filomeno leciona:

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. “Contratos no Código do Consumidor: Pressupostos Gerais”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, abr./jun. 1993, p. 134-141.

<sup>10</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Projeto*, p. 26-27.

Ainda que o mesmo Autor não se conforme com a inclusão das pessoas jurídicas no universo dos consumidores, o fato é que a lei assim o fez claramente, portanto só cabendo ao intérprete verificar se os demais elementos da relação jurídica em si perfazem ou não uma relação de consumo.

Dentre tais elementos, assume especial importância a ocorrência da efetiva relação de **consumo**, pois no mais das vezes os profissionais ou empresas adquirem bens como **insumo**, assim entendido tudo aquilo que entra na cadeia produtiva, portanto representando custo do produto ou serviço final. Prepondera, pois, o critério de *destinatário final econômico*.

E isso, vale repetir, é da máxima relevância, pois como ressalta Roberto Senise Lisboa, se considerarmos tudo o que a pessoa jurídica fornecedora de produtos e serviços adquire é bem de insumo, “praticamente estaremos impossibilitando o reconhecimento de que ela pode ser consumidora, tornando letra morta a definição legal”.<sup>11</sup>

Ora, como diz ele, “a pessoa jurídica, como sujeito de direito, também se utiliza de bens para sua comodidade e aperfeiçoamento de seus objetivos”<sup>12</sup>. Logo:

Para que a pessoa jurídica possa ser consumidora, basta que o bem por ela adquirido não acabe por ser utilizado para recolocação no mercado, isto é, que não seja matéria-prima que sirva de ingrediente para um bem de produção ou não venha o objeto a ser especificado ou reinserido diretamente, sem uso próprio, no mercado de consumo. A questão, como se pode notar, não deve ser exclusivamente solucionada à luz da teoria da análise econômica, mas também pela análise da finalidade da aquisição ou da utilização do produto ou do serviço, pela pessoa jurídica.<sup>13</sup>

Não deve ser esquecido também que o reconhecimento da vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática) do adquirente poderá acarretar a sujeição da relação jurídica ao Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, I). E mesmo o profissional ou a pessoa jurídica, em determinadas situações, como se verá mais adiante, também poderão ser vulneráveis. Apenas não se beneficiam da presunção de vulnerabilidade, como ocorre com o consumidor pessoa física, mas nada impede que possam prová-la, para obterem a proteção legal.

Por outro lado, conforme Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes<sup>14</sup>, as noções de hipossuficiência e de vulnerabilidade não se confundem, donde nem toda pessoa jurídica aparentemente vulnerável será consumidora, eis que poderá sua atividade ordinária possuir afinidade com o produto ou

<sup>11</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, p. 305-306.

<sup>12</sup> LISBOA, R. S. *Obra citada*, p. 305-306.

<sup>13</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, p. 305-306.

<sup>14</sup> BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas...*, p. 80-81.

serviço adquiridos, assim como nem toda pessoa jurídica aparentemente não-vulnerável poderá ter recusada a condição de consumidora, quando os bens ou serviços adquiridos estejam completamente afastados da realidade cotidiana e produtiva da empresa . O que definirá a situação, portanto, será o exame das circunstâncias de cada caso concreto.

Na hipótese de consumidor equiparado na forma do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor não se requer a existência da qualidade de destinatário final de algum bem ou serviço, bastando a qualidade de vítima. Exemplo de Cláudio Bonatto bem ilustra a questão:

É o caso do vizinho atingido na sua incolumidade física ou psíquica pela explosão de um botijão de gás. Nenhuma relação contratual possui com a empresa fornecedora do produto, sequer destinatário final daquele produto defeituoso pode ser considerado, mas, mesmo nestas circunstâncias, poderá ser beneficiário das normas protetivas do CDC.<sup>15</sup>

De resto, na equiparação prevista no art. 29 do mesmo Código, evidencia-se situação abstrata, pois conforme lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “basta a mera *exposição* da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer a cobertura do Código”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas Abusivas nas Relações Contratuais de Consumo*, p. 23.

<sup>16</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Projeto*, p. 228.

## 2.2 Fornecedor

A figura do fornecedor vem definida no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, conforme segue:

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

Como se vê, trata-se de definição com amplitude notável, pois praticamente nenhuma atividade econômica se exclui de sua abrangência. Com a inclusão das pessoas jurídicas de direito público, pode ser considerado fornecedor o próprio Poder Público, por si ou por suas concessionárias, autarquias, empresas públicas etc. E na referência aos entes despersonalizados por certo compreendem-se as sociedades de fato, sociedades irregulares, condomínios, consórcios, espólios, massas falidas etc. Por fim, apesar da omissão no texto legal, conforme Roberto Senise Lisboa, “a expressão *fornecedor*, consagrada no art. 3º da Lei 8.078/90, abrange também o intermediário”.<sup>17</sup>

Vale destacar também a arguta observação de Paulo Luiz Neto Lôbo com respeito à expressão legal de que fornecedores são todos aqueles que “*desenvolvem atividades*”. Como ele bem explica, a atividade deve sempre tender a um resultado, constituindo um comportamento orientado. E ainda: “A atividade econômica determina a noção de empresa, concebida tanto como puro fato econômico quanto como fato jurídico”. Portanto, conclui que “atos jurídicos isolados não constituem atividade e, por suposto, não se inserem em relação contratual de consumo, quando não promanarem de fornecedor”.<sup>18</sup>

De há muito, os bancos e instituições financeiras procuram escapar da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, sem razão, “*data venia*”.

---

<sup>17</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, p. 300.

<sup>18</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contratos no Código do Consumidor: Pressupostos Gerais*, p. 134.

“Ao se utilizar da expressão ‘toda pessoa física ou jurídica...’, a lei não permitiu ao intérprete a delimitação de quais espécies de pessoas jurídicas estariam livres da sua incidência”.<sup>19</sup>

Logo, se qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, verifica-se que o “critério adotado pelo legislador, para estabelecer a noção de fornecedor, não foi o da ‘roupagem’ ou forma adotada para a pessoa jurídica ser constituída ou vir a existir, mas sim o de concepção da atividade por ela exercida”.<sup>20</sup>

Os bancos e instituições financeiras sem dúvida alguma prestam no mercado de consumo serviços mediante remuneração, portanto estando em regra sujeitos às disposições do Código de Defesa do Consumidor.<sup>21</sup>

Na jurisprudência, outra não é a orientação, inclusive no E. Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu: “Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor”<sup>22</sup>. E ainda, recentemente, para sacramentar a questão, o mesmo E. Superior Tribunal editou a Súmula 297 no teor seguinte: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

### 2.3 Produto

Dispõe o § 1º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor: “*Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*”.

Conforme explica De Plácido de Silva, produto vem do latim *productus*, de *producere*, e em sentido lato significa “toda coisa ou toda *utilidade*, que se extraiu de outra coisa ou que dela se obteve”. Juridicamente, “exprime o vocábulo toda *utilidade produzida*. E, neste sentido, tanto designa as *utilidades materiais*, tiradas do solo e subsolo, ou produzidas direta ou indiretamente por eles, como os que se *fabricam* ou se produzem pela ação do homem, pela transformação de uma coisa em outra e pelo trabalho”.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Relação de Consumo e a Proteção Jurídica do Consumidor no Direito Brasileiro*, p. 10.

<sup>20</sup> LISBOA, R. S. *Obra citada*, p. 10.

<sup>21</sup> Neste sentido: FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor Comentado...*, cit., p. 45; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado...*, cit., p. 470-478; ARRUDA ALVIM, José Manoel. ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; e MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*, cit., p. 39-40; CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*, p. 28-33; EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*, p. 71-72; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, cit., p. 428-467; etc..

<sup>22</sup> STJ: REsp. n. 196.043-MG, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 9.11.2000, v. u., RSTJ 140/330.

<sup>23</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, v. 3, p. 465.

De sua vez, Serpa Lopes bem explica o que se deve entender por bens:

Sob a denominação de bens são designadas todas as coisas que, podendo proporcionar ao homem uma certa utilidade, são suscetíveis de apropriação privada. Força é não confundir *coisa* com *bens*. Distinguem-se como a espécie do gênero. Sob o nome de coisa pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como *bem* só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém com o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação.<sup>24</sup>

Como se vê, no significado de ambas as expressões *produto* e *bem* está compreendida a *utilidade*, da qual decorre a possibilidade da valoração econômica. Portanto, como salienta Maria Antonieta Zanardo Donato:

Entendemos que, o legislador, ao valer-se da expressão *produtos* para assim englobar aquelas categorias de bens explicitadas pelo próprio conceito, fê-lo de modo extremamente coerente ao próprio sistema em que está integrado o direito do consumidor, ou seja, o sistema econômico. Economicamente, a palavra 'produto' designa a totalidade dos bens existentes em uma dada época, v. g., 'produto nacional bruto', 'produto interno bruto', etc. Pretende-se, como observamos, a coesão do sistema jurídico ao sistema econômico.<sup>25</sup>

No entanto, conquanto se volte para o aspecto econômico, no caso do produto não se exige o requisito remuneração, ao contrário do que ocorre com o serviço, consoante expressamente determina o § 2º do art. 3º do CDC.

---

<sup>24</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil: Introdução. Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos*, v. I, p. 381.

<sup>25</sup> DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor. Conceito e Extensão*, p. 115-116.

Bens móveis como define o Código Civil de 2002 são aqueles “*suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social*” (art. 82). No conceito enquadram-se os semoventes, portanto sendo estes também considerados “produtos”.

Quanto aos bens imóveis, em linhas gerais são “*o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente*”, como se vê dos art. 79 a 81 do Código Civil de 2002.

Os bens materiais também podem ser facilmente entendidos, quando contrapostos ao imateriais, que consoante Cláudio Bonatto são aqueles insuscetíveis de serem apreendidos, pesados ou medidos, por não serem palpáveis, embora possam ser avaliados economicamente:

São exemplos as obras expostas em galerias de arte, a diversão oferecida pelas casas de espetáculos, os jogos de futebol, o crédito, etc. Em todas estas situações não se configura qualquer tipo de ocorrência de consumo na acepção literal da palavra, que comumente induz à noção de gasto, destruição, corrosão, em suma, no sentido de extinção. Emerge, isto sim, o conceito de satisfação de uma necessidade da pessoa, que é dado fundamental para a caracterização precisa da definição de bem imaterial.<sup>26</sup>

## 2.4 Serviço

O art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor define o serviço como objeto da relação de consumo da seguinte forma:

*“§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”*

De início, destaca-se a amplitude da definição, pois é considerado serviço “*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração*”. Só se excepcionam as relações de natureza trabalhista.

Outro destaque a ser feito é a exigência da *remuneração*, evidenciando-se assim a origem profissional, posto que a obtenção de resultado econômico é o objetivo normal da empresa ou do empresário.

Essa remuneração pode ser direta ou indireta, enquadrando-se na última hipótese aquelas situações em que atos aparentemente gratuitos são praticados em caráter promocionais, para atrair clientela, como por exemplo o oferecimento de lavagem de carros nos postos de gasolina, o fornecimento de estacionamento em

<sup>26</sup> BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas Abusivas...*, p. 26-27.

lojas, supermercados etc. É que nestas situações o custo do serviço “gratuito” na verdade é diluído na atividade operacional do fornecedor e repassado ao consumidor, que assim acaba pagando indiretamente.

Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes advertem que “é importante que, casuisticamente, seja feita a verificação relativamente a este aspecto, pois são múltiplas e variadas as maneiras de cobrar indiretamente, que o mercado de consumo moderno costuma criar”.<sup>27</sup>

E lembram, como exemplo, “o caso da ‘venda casada’, prática subliminar que obriga o consumidor a adquirir produto ou serviço que tem seu preço embutido em outro, mas a publicidade oferece como gratuito, sem que se lhe dê oportunidade de escolha”.<sup>28</sup>

A despeito da resistência dos bancos, os serviços bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. Além da lei ter dito que é considerada serviço “*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo*”, ainda reforçou incluindo expressamente as atividades “*de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”.

Por conseguinte, como assinala José Geraldo Brito Filomeno, resta evidenciado “que as *atividades* desempenhadas pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços ao seus clientes (por exemplo, cobrança de contas de luz, água e outros serviços,

---

<sup>27</sup>BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas...*, p. 97.

<sup>28</sup>BONATTO, C.; MORAES, P. V. D. P. *Obra citada*, p. 97.

ou então expedição de extratos etc.), quer na concessão de mútuos ou financiamentos para a aquisição de bens, inserem-se igualmente no conceito amplo de *serviços*”.<sup>29</sup>

Com respeito aos mútuos e financiamentos, não custa lembrar ainda que no seu art. 52 o Código volta a dispor sobre o “*fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor*”, obrigando o fornecedor a informar prévia e adequadamente sobre os juros e suas taxas, acréscimos etc.

O argumento básico dos bancos, fundados na lição de Arnold Wald, é de que o Código de Defesa do Consumidor “não se aplica às operações de empréstimos e outras análogas realizadas pelos bancos, pois o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo, ao contrário, instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final”.<sup>30</sup>

Mas, com a devida vênia, não se pode concordar com tal posicionamento, cujo equívoco é mostrado em engenhoso exemplo dado por Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, no qual se referem ao aluguel de um veículo, que ao final da locação também volta para as mãos do fornecedor, sendo entretanto evidente a prestação de serviço. Ora, “oferecer crédito no mercado é prestar serviço, serviço este que será pago pelo fato de ter sido por causa deste ‘aluguel de dinheiro’ que o consumidor teve satisfeitas suas necessidades finais de viabilização de um objetivo, segurança, oportunidade e outras utilidades necessárias à vida em sociedade”.<sup>31</sup>

Em se tratando, porém, de operações ou de empréstimos envolvendo profissionais ou empresas, onde os recursos obtidos são canalizados para a atividade profissional, em princípio os contratos deverão ser regidos pelo direito comum (Códigos Civil, Comercial e leis específicas) e não pelo Código de Defesa do Consumidor, pois a relação não será de consumo, mas de insumo.

Enfim, como conclui Cláudia Lima Marques, após estudo das mais variadas formas de contratos bancários e contratos de crédito, inclusive os de poupança e capitalização:

(...) A jurisprudência dominante é pela aplicação das normas do CDC a estes contratos, pois, em regra, estão presentes consumidores como outro pólo da relação contratual, atuando como destinatários finais dos serviços, utilizando os serviços para proveito próprio, de seu grupo social ou familiar. As regras do CDC encontrarão aplicação, também, em caso de vulnerabilidade comprovada do contratante, quando o contrato

<sup>29</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...*, p. 45.

<sup>30</sup> WALD, Arnold, “O Direito do Consumidor e Suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras”. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 666, abr/91, p. 7-17.

<sup>31</sup> BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas...*, p. 98.

bancário inserir-se em sua atividade profissional, seguindo assim a orientação da jurisprudência brasileira, que já dedicava atenção especial aos contratos bancários e às cláusulas abusivas nele inseridas.<sup>32</sup>

Por sua vez, os serviços públicos também podem ser compreendidos no dispositivo legal acima. Como já foi dito, o Código de Defesa do Consumidor incluiu as pessoas jurídicas de direito público como fornecedores (art. 3º, *caput*), de sorte que podem fazer parte de relação de consumo.

Conquanto os serviços públicos, sob o ponto de vista administrativo, sejam regulados pelas normas de direito público, na parte pertinente à relação jurídica de consumo deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, que além de ser norma específica é também “*de ordem pública e interesse social*” (art. 1º).

É importante recordar, porém, que o dispositivo legal aqui em estudo refere-se aos serviços “*mediante remuneração*”, ou seja, pagos especificamente. Disso decorre que apenas estão abrangidos pelo CDC os serviços públicos impróprios (*uti singuli*), isto é, aqueles particularizados ou que atendem à conveniência direta dos cidadãos (fornecimento de energia elétrica, água, gás, telefone, transportes públicos etc.). Os serviços públicos próprios (*uti universi*), que são prestados indistintamente a todos os cidadãos, por meio dos recursos arrecadados com os impostos (segurança pública, saúde pública etc.), obviamente estão excluídos, porque aí o beneficiário não será propriamente o consumidor, mas o contribuinte, que como tal se vale da atividade precípua do Estado de promover o bem-comum.

### 3. Natureza das normas reguladoras da relação jurídica de consumo

Analisando a fase atual do Direito, Miguel Reale diz que já se pode admitir uma passagem da *jurisprudência de interesses* para a *jurisprudência de valores*. E enfatiza que “o advento da Jurisprudência de Valores é conseqüência imediata do papel que o valor da pessoa humana vem desempenhando em todos os quadrantes do Direito Positivo”, tanto que “as novas constituições não começam mais pelas normas relativas à “organização do Estado”, como ainda ocorria no segundo após-guerra, mas, ao contrário, pela fixação dos valores do indivíduo e da comunidade a que pertence”.<sup>33</sup>

Conseqüência disso, como Gustavo Tepedino afirma, lembrando lição de Norberto Bobbio, é que o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas. “Diversamente, define os objetivos de política legislativa – tônica do Estado Social -, incentiva com subsídios fiscais os comportamentos que atendam às prioridades traçadas, transforma-se de mero repressor do ilícito em agente de promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que se

<sup>32</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 468.

<sup>33</sup> REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*, p. 119 e 125.

nomeou, em síntese feliz, de função promocional do direito.<sup>34</sup>

Imbuído desse ideal de proteção do homem, é que nasceu a legislação consumerista, porque não conseguindo o mercado apresentar, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar ou mitigar a vulnerabilidade do consumidor, “imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação”.<sup>35</sup>

Esse modelo e as suas linhas básicas de princípios vêm destacados já nos primeiros artigos do Código de Defesa do Consumidor.

Assim é que, no seu art. 1º anuncia textualmente estabelecer “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Tem, pois, natureza de lei de ordem pública, que em decorrência de sua inerente cogência incide até mesmo e apesar da vontade contrária dos interessados.

O *ius cogens* é forma de proteção do interesse social, porque tutela instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos personalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz e pelas partes por deverem ter certa duração.<sup>36</sup>

### 3.1 Contexto constitucional

A Constituição Federal de 1988 foi a fonte inspiradora do Código de Defesa do Consumidor.

Ao dispor sobre os “direitos e garantias fundamentais”, a Constituição estabeleceu entre os “direitos e deveres individuais e coletivos”, destinados a garantir “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*) que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (inciso XXXII). Depois, ao tratar dos “princípios gerais da atividade econômica”, dispôs que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

<sup>34</sup> TEPEDINO, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*, p. 5.

<sup>35</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Projeto*, p. 6-7.

<sup>36</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*, p. 16-17.

*digna, conforme os ditames da justiça social*” (art. 170, *caput*), observados entre os princípios fixados a “*defesa do consumidor*” (inciso V).

Estudando o assunto, Alcides Tomasetti Jr. salienta que, mais do que prescrever a “*defesa*” do consumidor, a Constituição determina ao Estado a “*promoção*”, na forma da lei, dos interesses dos sujeitos consumidores. E destaca: “‘Promover’ – dentro da linguagem comum e também na terminologia tecnojurídica – é mais do que ‘defender’ e mais do que ‘proteger’ o consumidor”, porque “ ‘promover’ indica que o ato de promoção implica ‘causar; desenvolver; fazer executar’”.<sup>37</sup>

Neste sentido, como que encampando tal espírito, o legislador constitucional determinou no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”.

Tal prazo não foi cumprido, uma vez que a Constituição foi promulgada aos 5 de outubro de 1988, enquanto o Código de Defesa do Consumidor só veio a lume pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Mas antes tarde do que nunca. Resta agora não esquecer os princípios que animaram a sua edição, porque como ensina Pietro Perlingieri:

O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora.<sup>38</sup>

### 3.2 Contexto legal

A evolução legislativa mostra que a tentativa de proteger o consumidor, ainda que por vias indiretas, vem de longa data.

A primeira lei neste sentido parece ter sido o Decreto n.º 22.626, de 07 de abril de 1933, que tinha por fim reprimir a usura. A própria Constituição de 1934, em seus arts. 114 e 117, trouxe normas de proteção à economia popular. Depois, o Decreto-lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938, e o de n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946, cuidaram dos crimes contra a economia popular, posteriormente objeto da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, ainda vigente. Nesta esteira, inclui-se também a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, visando a repressão ao abuso do poder econômico, hoje substituída pela Lei n.º 8.884, de 11 de

<sup>37</sup> TOMASETTI JR., Alcides. “A Configuração Constitucional e o Modelo Normativo do CDC”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, abr./jun. 1995, p. 28-32.

<sup>38</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 5.

junho de 1994; a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplinando a ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986, definindo os crimes contra o sistema financeiro nacional, chamados “crimes do colarinho branco” etc.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte optou claramente pelo regramento do mercado de consumo por meio de uma codificação. O art. 48 do ADCT não deixa dúvida alguma: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”.

No entanto, explicam Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.<sup>39</sup>

Dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Mas apesar disso, na prática estamos diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51 etc.).

Alguns ainda reconhecem a Lei n.º 8.078/90 como lei complementar e por conseguinte “lei hierarquicamente superior a qualquer outra lei ordinária que não trate de matéria atinente às relações de consumo”.<sup>40</sup>

Na verdade, entretanto, assim não parece ser, tanto que ela já sofreu várias alterações por meio de outras leis ordinárias, tais como a Lei n.º 8.656, de 21 de maio de 1993, que modificou a redação do art. 57 do Código, dispondo sobre o procedimento das sanções administrativas e sobre a pena de multa; a Lei n.º 8.703, de 06 de setembro de 1993, que deu nova redação ao parágrafo único do mesmo artigo, estabelecendo montantes mínimo e máximo para as multas; a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que alterou o art. 39, que diz respeito às práticas abusivas; a Lei n.º 9.008, de 21 de março de 1995, incluindo o inciso XII ao mesmo art. 39, para considerar conduta abusiva o fornecedor “deixar de estipular prazo para o cumprimento

<sup>39</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...*, p. 9.

<sup>40</sup> BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai., *Questões Controvertidas...*, p. 65-70.

de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério”; a Lei n.º 9.298, de 01 de agosto de 1996, que alterou o § 1º do art. 52, reduzindo as multas de mora de 10% para 2% do valor da prestação.

Enfim, como se vê, a tutela do Consumidor torna-se cada vez mais presente nestes novos tempos de economia de massa globalizada, porque já não está em jogo apenas o direito individual, mas o direito da própria sociedade. “O que pode parecer um assunto menor, em relação ao consumidor individual torna-se abusivo desde que se leve em conta o impacto, real ou potencial, do ato em causa sobre a coletividade dos consumidores”.<sup>41</sup>

Logo, justifica-se essa intensificação da atuação do Estado, exercendo cada vez mais seu papel de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 da CF), de modo a que a ordem econômica realize seus fins, observados os princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal, entre os quais, se inclui a “defesa do consumidor” (inciso V).

---

<sup>41</sup> BOURGOIGNIE, Thierry. “O Conceito de Abusividade..., *ob. cit.*, p. 13.

## CAPÍTULO IV

### A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA FORMAÇÃO E NA EXECUÇÃO DO CONTRATO.

*SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. O princípio da vulnerabilidade. 3. O dever de transparência e informação por parte do fornecedor. 3.1 Publicidade e oferta. 3.2 Informações adequadas sobre o produto ou serviço. 3.3 Informações adequadas sobre o conteúdo do contrato. 3.4 Redação clara do contrato. 4. A boa-fé como regra de conduta. 4.1 Proibição de publicidade enganosa ou abusiva. 4.2 Proibição de práticas comerciais abusivas. 4.3 Direito de arrependimento pelo consumidor. 5. O equilíbrio (equidade) contratual. 5.1 Interpretação pró-consumidor. 5.2 A proteção contra cláusulas abusivas. 5.3 Controle judicial dos contratos. 6. O dever de garantia. 6.1 Vícios de qualidade ou quantidade do produto ou do serviço. 6.2 Garantia legal de adequação do produto ou do serviço. 7. Inexecução contratual. 7.1 Resolução das obrigações pelo inadimplemento da obrigação principal. 7.2 Cobrança da dívida.*

#### 1. Considerações gerais

Em seu art. 4º, o Código de Defesa do Consumidor traça o perfil da “Política Nacional de Relações de Consumo”, dispondo:

*“Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*

*I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;*

*II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:*

*a) por iniciativa direta;*

*b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;*

*c) pela presença do Estado no mercado de consumo;*

*d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;*

*III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a*

*necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;*

*IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;*

*V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;*

*VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;*

*VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;*

*VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo.”*

No entanto, apesar da amplitude dos meios franqueados à proteção do consumidor, é importante que não se perca de vista a real finalidade do dispositivo legal, que não é propriamente a de proteção subjetiva, mas a de proteção objetiva, de modo a ordenar as relações sociais na medida do bem comum.

Como ensina Miguel Reale, o Direito não visa a ordenar as relações dos indivíduos entre si para satisfação apenas dos indivíduos, mas, ao contrário, para realizar uma convivência ordenada, o que se traduz na expressão bem comum. “O bem comum não é a soma dos bens individuais, nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos”<sup>1</sup>.

Com efeito, a configuração da defesa do consumidor como um princípio integrante da ordem econômica, coloca todas as posturas ali encontráveis ou desejáveis como integrantes das políticas públicas a serem adotadas pelo Estado. Transfere-se desta forma o problema da defesa do consumidor – e mais especificamente os problemas do contrato e das cláusulas abusivas – para o campo de atuação e de intervenção do Estado. O interesse do consumidor deixa de ser exclusivamente dele próprio, para ser também um interesse do Estado enquanto vinculado à condução e ao aperfeiçoamento da ordem econômica.<sup>2</sup>

## **2. O princípio da vulnerabilidade**

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 59.

<sup>2</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*, p. 175.

Como já foi visto, o inciso I do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor coloca entre os princípios da “Política Nacional de Relações de Consumo”, o “*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*”.

Vulnerabilidade é a qualidade de quem é vulnerável. E vulnerável, consoante Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é o que “(...) pode ser vulnerado; Diz-se do lado fraco de um assunto ou questão, ou do ponto pelo qual alguém pode ser atacado ou ferido”.<sup>3</sup>

Ora, o consumidor pode ser “atacado” e “ferido” por muitos modos, como por exemplo quando se torna vítima da sedução pela publicidade, ou se torna presa fácil por sua falta de conhecimentos sobre o produto ou negócios, quando se vê obrigado a aceitar condições extremamente gravosas, porque não tem poder de barganha, ou quando se vê espoliado por juros ou penalidades escorchantes, em face de eventual demora no adimplemento etc.

Ainda, destaca Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos”. E há alguns consumidores cuja vulnerabilidade é superior à média. “São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permita avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes.”<sup>4</sup>

Basicamente, pode-se dizer que há três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática. São elas exemplarmente resumidas por Cláudia Lima Marques, cujas palavras, com a devida vênua, vale transcrever:

(...) Na *vulnerabilidade técnica*, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir o profissional, destinatário final fático do bem, como vimos no exemplo da jurisprudência francesa.

(...)

Já a *vulnerabilidade jurídica* ou científica, é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia.

<sup>3</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 1.792.

<sup>4</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Projeto*, p.325.

Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não-profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.

(...)

Mas há ainda a *vulnerabilidade fática* ou sócio-econômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado.<sup>5</sup>

Mas há quem, como Paulo Valério Dal Pai Moraes<sup>6</sup>, admite outras espécies, como por exemplo: *vulnerabilidade política ou legislativa*, devido à fragilidade do consumidor perante os detentores do poder econômico, que têm maiores condições de criar o direito; *vulnerabilidade biológica ou psíquica*, causada quando, agredido por uma variação imensa de estímulos visuais, do paladar, auditivos, químicos, táteis, etc., o ser humano experimenta uma verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, a qual tem como resultado, muitas vezes, a incorreta tomada de decisão, enfocando o aspecto estrito do que, de fato, é necessário para a satisfação daquilo que o consumidor precisa; e *vulnerabilidade ambiental*, que decorre diretamente das imposições mercadológicas, as quais levam para a sociedade produtos ou serviços, em princípio apresentados como benéficos, mas que, na verdade, possuem potenciais danosos infinitamente superiores .

Por último, vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência, que é característica daqueles consumidores que, por circunstâncias pessoais, não têm meios suficientes para a defesa de seus direitos.

### 3. O dever de transparência e informação por parte do fornecedor

Um dos princípios da “Política Nacional de Relações de Consumo” é o da *transparência* das relações de consumo (art. 4º, *caput*, CDC).

Transparência, segundo Cláudia Lima MARQUES, “significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre

<sup>5</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 270-273.

<sup>6</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade*. p. 132-174.

fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.<sup>7</sup> Ou nas palavras de Paulo Jorge Scartezini Guimarães: “...a transparência pode ser associada à verdade, à limpidez, à pureza, em oposto ao opaco, ao gláucico, à espessura, à obscuridade, que são, por sua vez, sinônimos de mentira, trapaça e enganação”.<sup>8</sup>

Reforçando o princípio acima, o Código de Defesa do Consumidor ainda estabeleceu entre os “direitos básicos do consumidor” (art. 6º), “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (inciso III).

Segue-se daí que não é o consumidor quem necessita atuar, investigando e esmiuçando detalhes sobre o produto e o negócio, pois passou a ser titular de um direito subjetivo de informação. Cabe, então, ao fornecedor prestar essa informação “adequada e clara”, de modo a que, baseado nelas, o consumidor tenha condições de tomar uma decisão consciente e que seja capaz de realizar suas expectativas legítimas em relação ao produto ou serviço que adquire.

Isso obviamente não significa que o consumidor possa agir com negligência, ficando numa posição totalmente passiva, posto que isso não corresponde ao dever de lealdade que deve permear a contratação e se impõe a ambas as partes.

### 3.1 Publicidade e oferta

Publicidade e oferta são práticas diversas. A publicidade é prática de *marketing* que serve a promover marcas, nomes, qualidades etc. de produtos ou serviços, despertando interesses, vontades e desejos, enfim incitando ao consumo. Já a oferta a pessoa indeterminada ou ao público pode encerrar mero convite para contratar ou verdadeira proposta de contrato, dependendo dos termos em que for feita.

Nas relações de consumo, diz o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor: “*Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*” (grifei).

Portanto, para a publicidade valer como oferta, ela deve ser *suficientemente precisa*, o que não significa tenha de ser completa e detalhada em todos os elementos que compõem a oferta e servirão ao futuro

<sup>7</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 595.

<sup>8</sup> GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que ela Participam*, p. 78.

contrato. Basta, ao que parece, que precise os elementos essenciais da compra e venda: objeto (*res*) e preço (*pretium*), faltando apenas o consenso (*consensus*) por parte do consumidor.

É importante notar, porém, que os elementos constantes da publicidade sempre vinculam, salvo logicamente o simples exagero (*puffing*), que não obriga o fornecedor.

É o caso de expressões exageradas, que não permitem verificação objetiva, como ‘o melhor sabor’, ‘o mais bonito’, ‘o maravilhoso’. Contudo, até essas expressões, em alguns contextos, podem ganhar precisão, vinculando, então o anunciante. Por exemplo, quando o fornecedor afirma ter ‘o melhor preço da capital’ ou ‘a garantia mais completa do mercado’. A utilização do *puffing* em relação a preço impõe, de regra, a vinculação.<sup>9</sup>

Essa vinculação do ofertante tem por fundamento a garantia da confiança, “do respeito devido ao consumidor como parceiro contratual, que não deverá ser tirado de casa para aproveitar uma ‘falsa’ oferta a preços reduzidos”.<sup>10</sup>

Interessante questão surge quando há erro na oferta publicitária. Cláudia Lima Marques, reportando-se a outros entendimentos no mesmo sentido, entende que trata-se de risco profissional não transferível ao consumidor, donde “terá o fornecedor de suportar a sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha”.<sup>11</sup>

Com todo o respeito, não me parece que esta seja uma solução inarredável. Não é possível adotar invariavelmente a regra do “prometeu, cumpriu”, que segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, seria “a regra do Código”.<sup>12</sup>

É preciso analisar as circunstâncias de cada caso, pois em determinadas situações o erro mostra-se tão flagrante que não pode enquadrar-se na espécie de “propaganda enganosa”, porque não tem potencial para “enganar” qualquer pessoa minimamente informada.

Digamos, assim, que determinada loja veicule em jornal publicidade sobre uma geladeira, cujo valor é de R\$ 1.000,00 (mil reais), mas no anúncio, por erro material da publicação, conste o preço de R\$

<sup>9</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*..., p. 232.

<sup>10</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*..., p. 603.

<sup>11</sup> MARQUES, C. L. *Obra citada*, p. 630.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*..., p. 232

10,00 (dez reais). Seria justo obrigar o fornecedor a vender o produto por este irrisório preço ? Parece-me que não.

Como já foi dito, a publicidade que vincula é aquela que infunde confiança, gerando expectativa legítima no consumidor. No caso, sem dúvida alguma, a publicidade em questão não poderia despertar essa confiança ou expectativa legítima, pois nenhum homem médio poderia crer que tal oferta totalmente divorciada da realidade do mercado representasse a verdadeira vontade do fornecedor. O homem médio, ao contrário, certamente acreditaria na existência de erro.

Logo, como ensina Silvio Rodrigues: “Se o ato jurídico é ato de vontade, se o erro representa um defeito do querer, o ato viciado por tal defeito não pode, em tese, prevalecer e deve ser anulado. A possibilidade da resolução do negócio protege o autor da declaração não querida”.<sup>13</sup>

Insistir na contratação, apenas para aproveitar-se do erro da publicidade, significaria evidente comportamento de má-fé por parte do consumidor, visando a locupletamento indevido, o que não pode ser tutelado pelo direito.

Conseqüentemente, se o consumidor não está de boa-fé, pois sabe do erro que movia o proponente do negócio, deixa de merecer a proteção do ordenamento jurídico. Ainda, se ignorava o erro do autor da declaração, mas, quer em virtude das circunstâncias, quer em virtude de sua evidência, devia conhecê-lo, sua ignorância deriva de sua própria culpa, e assim, também, não faz jus à proteção legal.

No caso de oferta válida, o descumprimento da obrigação de contratar por parte do consumidor ensejará as sanções previstas no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor é o seguinte:

*“Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:*

*I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;*

*II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;*

*III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”*

### **3.2 Informações adequadas sobre o produto ou serviço**

---

<sup>13</sup> RODRIGUES, Silvio. *Dos Vícios do Consentimento*, p. 197-198

O art. 31 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

*“Art. 31. A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”*

De início, verifica-se que a lista constante do dispositivo legal é meramente enumerativa, tanto que se conclui com a expressão “*entre outros dados*”. Cabe ao fornecedor, portanto, sendo ele o melhor conhecedor do seu produto ou serviço, agregar outras informações que sejam relevantes ao bom uso ou proteção do consumidor.

Depois, deve ser lembrado que a informação adequada e clara sobre os produtos e serviços é direito básico do consumidor (art. 6º, III, CDC), que perdura no tempo. Comprovando isso, existe a disposição dos parágrafos 1º a 3º do art. 10 do Código de Defesa do Consumidor, que assim determina:

*“Art. 10. (...)*

*§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.*

*§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.*

*§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.”*

É importante destacar ainda que, em se tratando de produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde, o art. 9º do Código manda que o dever de informar seja cumprido “*de maneira ostensiva e adequada*”, portanto não bastando mera referência ou informação modesta e despreziosa.

Termos em outra língua não são proibidos pelo Código de Defesa do Consumidor, mas a oferta, embalagem ou manual de instruções devem trazer explicação do significado em língua portuguesa, salvo se a

expressão estrangeira já estiver incorporada na nossa língua, ou se tratar de marca ou nomes comerciais registrados.

O dever de informar cabe ao fornecedor, assim entendendo-se não só o fabricante, mas também quem põe o serviço ou o produto à venda, e assume especial importância na fase pré-contratual, quando a decisão do consumidor é efetivamente tomada.

Além do mais, o consumidor deve ser informado, instruído a respeito do produto, a fim de que dele possa fazer um bom uso, de acordo com sua finalidade e para a obtenção dos melhores resultados possíveis. E se os produtos forem perigosos, “não basta fornecer as normas sobre sua utilização; é preciso, ainda, *alertar o consumidor acerca das precauções* a serem tomadas ao utilizar ou consumir o produto. Neste caso, *a advertência* varia de intensidade em função da utilização do produto por um leigo ou por profissional especializado”.<sup>14</sup>

Os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelecem que a responsabilidade por danos decorrentes de informações inadequadas sobre utilização e riscos independe da existência de culpa, sendo, pois, objetiva.

### **3.3 Informações adequadas sobre o conteúdo do contrato**

É de se recordar que a política nacional de relações de consumo deve ser marcada pela “*transparência e harmonia*”, cuidando-se para a proteção do consumidor e pela “*educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo*” (art. 4º, IV, CDC).

Essa apregoada transparência obviamente encontra o seu momento supremo na ocasião da efetiva contratação, pois aí é que se definem e se cristalizam os direitos e as obrigações das partes. Faltando, pois, a oportunidade para que a parte tome prévio conhecimento do conteúdo e do alcance dos termos do contrato, não há como reconhecer a existência de válida manifestação de vontade capaz de obrigar. O Código de Defesa do Consumidor dispõe exatamente neste sentido:

*“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”*

A propósito, bem adverte Nelson Nery Júnior:

Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento *efetivo* do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar *efetivo conhecimento* ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, § 4º, CDC).<sup>15</sup>

A sanção pelo descumprimento do mandamento legal vem inserida no próprio dispositivo, onde está previsto que tais contratos “*não obrigarão os consumidores*”, portanto sendo ineficaz em relação a eles.

### 3.4 Redação clara do contrato

O dispositivo legal acima transcrito exige que os contratos não sejam “*redigidos de forma a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*”. Em outras palavras, isso quer dizer que a redação deve ser simples, clara, objetiva e compreensível pelo homem médio. Não deve ser esquecido que vivemos num País onde grande parte da população é de baixa renda, de pouca cultura ou analfabeta, portanto não tendo conhecimento suficiente para entender termos técnicos, palavras estrangeiras ou mesmo do nosso idioma, porém de uso requintado ou erudito. E embora a ninguém seja dado desconhecer a lei, também não pode ser exigido que o homem comum tenha alcance para entender e decifrar artigos e mais artigos de leis transcritos em instrumentos de contrato.

O art. 54, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor diz ainda que: “*Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor*”.

Destinados normalmente à contratação em massa, não faz sentido algum um longo formulário, reportando-se a anexos ou cláusulas gerais ou coisas do gênero, tudo dificultando e até mesmo estimulando o consumidor aderente a não ler. Mais razoável e conforme a transparência e à boa-fé que deve nortear as relações de consumo, é um instrumento enxuto, restrito ao mínimo indispensável, redigido em forma direta e em caracteres facilmente visíveis, com destaque para as obrigações que o consumidor está assumindo, em especial o preço total a pagar, o número e valor das parcelas, taxa de juros, forma de correção monetária, acréscimos e conseqüências decorrentes de eventual inadimplemento etc. Isso, aliás, é o que basicamente determina o art. 52 do Código.

<sup>14</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. “O Dever de Informar do Fabricante”. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 656, jun/90, p. 53-71.

<sup>15</sup> NERY Jr., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...*, p. 485.

#### 4. A boa-fé como regra de conduta

Conforme foi anteriormente posto, na nova teoria contratual a boa-fé ultrapassou o estágio de mera regra de interpretação, ou de direcionamento de intenção, constituindo-se em verdadeira regra de conduta.

Dentro da “Política Nacional de Relações de Consumo”, a boa-fé foi inclusive alçada à categoria de princípio, como pode ser visto do disposto no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Pelo emprego do princípio da boa-fé, é possível ainda o controle de cláusulas abusivas, a teor do que prescreve o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Não é demais lembrar que, na relação contratual não se pode sonhar “com uma igualdade absoluta”, porque “essa igualdade não se encontra nunca, mesmo quando é aparente; ela não pode existir entre dois seres que têm um pensamento, uma vontade e um fim diferentes”<sup>16</sup>.

Necessário, pois, buscar o equilíbrio ou a “a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo”. E para tanto serve o princípio da boa-fé, na medida em que este atua ora como padrão de conduta, ora como fonte de deveres, ora como função limitadora de direitos, enfim, de uma maneira geral, “como referencial de conciliação dos interesses conflitantes”.<sup>17</sup>

##### 4.1 Proibição de publicidade enganosa ou abusiva

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “a relação de consumo não é apenas a contratual. Ela surge, igualmente, através das técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim em *expectativa de consumo*. A publicidade, portanto, como a mais importante dessas técnicas, recebeu especial atenção no Código”.<sup>18</sup>

Já no seu art. 6º, o Código estabeleceu ser direito básico do consumidor “a *proteção contra a publicidade enganosa e abusiva...*” (inciso IV). Mais adiante, no capítulo “Das Práticas Comerciais”, dedicou uma Seção para regular a publicidade. E de resto fixou penalidades administrativas e penais para as infrações dos preceitos.

<sup>16</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral...*, p. 89.

<sup>17</sup> SILVA, Agathe E. Schmidt da. “Cláusula Geral de Boa-fé nos Contratos de Consumo”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, jan./mar. 1996, p. 146-161.

<sup>18</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...*, p. 277.

No Código não se permite a publicidade clandestina nem a subliminar, pois em seu art. 36 há mandamento claro de que “*A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal*”. E mais, o fornecedor ainda está obrigado a manter em seu poder, para eventual comprovação, “*os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem*” (par. ún.). Não se pode, é óbvio, transferir ao consumidor o ônus de fazer os testes necessários à verificação da veracidade da informação publicitária a ele dirigida.

De outra parte, o Código agasalhou em seu art. 37 e parágrafos o princípio da veracidade da publicidade, dispondo o seguinte:

*“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

*§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.*

*§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*

*§ 3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”*

Como visto, as definições dadas pela lei são bastantes claras. Mas não custa uma palavra, destacando alguns aspectos de maior relevo.

No que se refere à publicidade enganosa, é importante ver que sua principal característica é a capacidade de “*induzir em erro o consumidor*”, lembrado que erro é a noção falsa da realidade.

Explica Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução ao erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganosidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua ‘capacidade de induzir ao erro o consumidor’, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso – pela

simples utilização da publicidade enganosa –, presumido *jure et de jure*, já é suficiente.<sup>19</sup>

Como diz a lei, a publicidade pode ser enganosa “*inteira ou parcialmente*”, daí podendo relacionar-se com qualquer dado veiculado, principal ou acessório, desde que tenha capacidade para induzir o consumidor em erro. Mas no exame do caso deve-se levar em conta a publicidade no seu contexto total e não apenas o sentido literal de termos isolados.

Neste sentido, aliás, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária dispõe em seu art. 17: “*Ao aferir a conformidade de uma campanha ou anúncio aos termos deste Código, o teste primordial deve ser o impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo. A partir dessa análise global é que se examinará detalhadamente cada parte do conteúdo visual, verbal ou oral do anúncio, bem como a natureza do meio utilizado para sua veiculação*”.

Por outro lado, para aferição do que seja “*capaz de induzir em erro*”, razoável tomar-se por base o homem médio, que melhor identifica o consumidor padrão, integrante da multidão composta por pessoas das mais variadas classes sociais e níveis de conhecimento.

Além disso, consoante pondera Fernando Gherardini Santos, não deve ser esquecido que:

A publicidade de um produto ou serviço, na maioria das vezes, é dirigida a um público específico, o que influenciará na análise casuística do caráter enganoso da publicidade. Logo, tal caráter enganoso deve ser verificado em relação ao público-alvo do produto ou serviço anunciado. E, dentro desse público-alvo, deve-se chegar a uma definição de consumidor-padrão em relação àquele produto ou serviço específico.

O consumidor-padrão, portanto, é extraído, repita-se, de dentro do público-alvo do produto ou serviço anunciado, pois, obviamente, não há como estabelecer um critério uniforme de aferição do consumidor-padrão para todos os produtos e serviços disponíveis no mercado. O consumidor-padrão, v. g. de uma Ferrari, sem sombra de dúvida, tem um perfil muito diferente do consumidor-padrão de um detergente em pó, e tais diferenças devem ser levadas em consideração, sob pena de generalizarem-se figuras (*rectius*, consumidores) absolutamente heterogêneas.<sup>20</sup>

Ainda, se não se tratar de publicidade destinada ao público em geral, que deve estar ao alcance de todos, mas de publicidade destinada a um público especializado e só a ele veiculada, obviamente haverá menor vulnerabilidade a eventuais informações incompletas ou incorretas. “É o caso de propaganda

<sup>19</sup> BENJAMIN, A. H. V. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...*, p. 291

<sup>20</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*, p. 214.

destinada a médicos ou dentistas, que lhes é enviada em cartas pessoais ou transmitida em congressos dessas categorias profissionais”<sup>21</sup>.

Do artigo de lei acima transcrito, verifica-se também que a publicidade enganosa pode ser por comissão ou por omissão. No primeiro caso, o fornecedor **afirma** algo capaz de induzir o consumidor em erro; no segundo, a indução em erro ocorre justamente porque o fornecedor **deixa de afirmar** algo relevante.

O exagero publicitário (*puffing*), conforme o caso, pode configurar publicidade enganosa. Salieta Luiz Antonio Rizzato Nunes que “a publicidade é uma ficção. Nela são apresentados momentos mágicos, belas cenas, pessoas bonitas, interessantes, saudáveis, imagens fortes, cenários vibrantes etc., tudo com o intuito de chamar a atenção do consumidor para o produto ou serviço anunciado”.<sup>22</sup>

Resta, pois, “indubitável que toda e qualquer mensagem publicitária contém mesmo uma carga ínsita mínima de ‘falsidade’, entendido tal vocábulo como uma afirmação, quiçá eloqüente, mas incapaz de comprovação fática”.<sup>23</sup> No entanto, essa licença publicitária não pode de nenhum modo afastar a correspondência do produto ou serviço anunciado com o produto ou serviço real.

A Lei não exige a intenção de enganar por parte do anunciante. Basta apenas o resultado, isto é, que a publicidade seja capaz de induzir o consumidor em erro. É de todo irrelevante a boa-fé do anunciante. Assim, a discussão sobre culpa ou dolo ficará reservada ao tratamento dos efeitos civis ou penais da publicidade dita enganosa.

De outra parte, no que se refere à publicidade abusiva, convém destacar que o caráter da abusividade “não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor”.<sup>24</sup> Conseqüentemente, uma publicidade pode ao mesmo tempo ser enganosa e abusiva, bastando que o produto ou serviço não corresponda ao anúncio e que a publicidade, por exemplo, despreze valores ambientais, incite à violência, explore o medo ou superstição etc.

Finalmente, haverá responsabilidade solidária do fornecedor-anunciante, das agências produtoras do anúncio e do veículo em que feita a publicidade. Aplica-se aqui o disposto no parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor: “*Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo*”.

---

<sup>21</sup> CENEVIVA, Walter *Publicidade e Direito do Consumidor*, p. 107; no mesmo sentido: ARRUDA ALVIM et al. *Código de Defesa do Consumidor...*, p. 202.

<sup>22</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito Material*, p. 467.

E, no caso de responsabilização por publicidade enganosa ou abusiva, a lei diz expressamente que: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (art. 38, CDC).

#### 4.2 Proibição de práticas comerciais abusivas

Na lição de Thierry Bourgoignie:

O direito pode, tanto quanto a teoria econômica, guiar os comportamentos incitando-os a tomar como referência imperativos gerais outros que a simples eficácia econômica enfatizando sempre uma ‘política social do consumo’: ideal igualitário, redistribuição dos poderes e dos recursos, correção dos efeitos externos engendrados pelo sistema de mercado, justiça social, acesso à justiça etc.<sup>25</sup>

No campo das relações de consumo, a atuação do direito é marcada por uma idéia de proteção, “derivada de uma concreta *ratio legis*: ‘a inferioridade dos leigos em relação aos profissionais’, que têm ‘uma superioridade considerável nas relações contratuais’, em especial nas que se firmam ‘entre produtores e distribuidores, de uma parte, e os consumidores de outra’”.<sup>26</sup>

No Direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor elenca exemplificativamente em seu art. 39 uma série de comportamentos, contratuais ou não, que se enquadram como práticas abusivas, portanto ilícitas.

As práticas abusivas, como esclarece Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, nem sempre se mostram como atividades enganosas:

Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.<sup>27</sup>

Assim, como resume o mesmo Autor:

---

<sup>23</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*, p 212.

<sup>24</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 459.

<sup>25</sup> BOURGOIGNIE, Thierry. “O Conceito de Abusividade em Relação aos Consumidores e a Necessidade de seu Controle Através de uma Cláusula Geral”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, abr./jun. 1993, p. 7-16.

<sup>26</sup> ALTERINI, Atílio Aníbal. “Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15, jul./set. 1995, p. 5-19.

<sup>27</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 319.

Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São – no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz – ‘condições irregulares de negociação nas relações de consumo’, condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.<sup>28</sup>

No Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, além de outras previsões específicas (p. ex.: arts. 10, 18, § 6º, 20, § 2º, 21, 32, 42 etc.), configuram práticas abusivas:

*“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*

*I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;*

*II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;*

*III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;*

*IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;*

*V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;*

*VI – executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;*

*VII – repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;*

*VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO;*

*IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;*

*X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;*

*XI – aplicar fórmula ou índice diversos do legal ou contratualmente estabelecido;*

<sup>28</sup> BENJAMIN, A. H. V. *Obra citada*, p. 319

*XII – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.*

*Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.”*

As hipóteses elencadas praticamente falam por si, tal a simplicidade das situações postas, de modo que apenas serão destacados alguns aspectos de maior relevância da matéria.

Uma das hipóteses contempladas no inciso I é a das chamadas “vendas casadas”, cumprindo porém observar que a lei fala em *fornecimento*, que é operação de amplitude maior do que a venda. Além disso, é preciso entender que a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados.

O lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno. Da mesma maneira, o chamado ‘pacote’ de viagem oferecido por operadoras e agências de viagem não está proibido. Nem fazer ofertas do tipo ‘compre este e ganhe aquele’. O que não pode o fornecedor fazer é impor a aquisição conjunta, ainda que o preço global seja mais barato que a aquisição individual, o que é comum nos ‘pacotes’ de viagem. Assim, se o consumidor quiser adquirir apenas um dos itens, poderá fazê-lo pelo preço normal.<sup>29</sup>

O fornecimento não solicitado (inciso III) constitui evidente prática abusiva, “pois viola o fornecedor claramente o direito de escolha do consumidor, que não manifestou sua vontade em adquirir determinado produto ou serviço, e, ainda assim, é ‘premiado’ com uma nova obrigação, qual seja, a de pagar pelo que não pediu”.<sup>30</sup>

O próprio Código procura resolver dito problema, na medida em que considera os serviços ou produtos remetidos sem solicitação pelo consumidor equiparados “às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento”.

Mas a inexistência da obrigação de pagamento não é tudo, visto que a remessa não solicitada pode gerar outros problemas e até gastos para o consumidor, na medida em que este tenha de se desfazer da coisa não solicitada, isso sem contar a exposição a riscos desnecessários, como acontecia, por exemplo, com as remessas de cartões de crédito a consumidores “eleitos” como novos associados.

---

<sup>29</sup> NUNES, Luiz A. Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 483.

<sup>30</sup> SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas Mercantis no Direito do Consumidor*, p. 186-187.

No inciso IV, o que se pretende é vedar o aproveitamento da excepcional vulnerabilidade de certos consumidores, tais como os idosos, doentes, crianças, analfabetos, enfim daqueles hipossuficientes.

Como já foi visto, a vulnerabilidade é uma característica normal do consumidor, pois mesmo seja ele instruído ou experiente nem sempre possui conhecimentos técnicos específicos sobre o que adquire no mercado de consumo. Mais ainda em se tratando de consumidor especialmente frágil ou ignorante, sem condições mínimas para avaliar com adequação o produto ou o serviço que está adquirindo ou as conseqüências do negócio que realiza.

A vedação de exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (inciso V) visa a assegurar o equilíbrio do contrato. E, grosso modo, vantagem excessiva segue os mesmos parâmetros da vantagem exagerada disciplinada no art. 51, § 1º, do Código, ou seja:

*“§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:*

*I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*

*II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;*

*III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”*

A proibição de execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização do consumidor (inciso VI) está ligada à regra do art. 40 e seus parágrafos do mesmo Código. Lá vem disposto que o fornecedor é obrigado a entregar ao consumidor *“orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços”*.

Em muitas vezes, a elaboração do orçamento demanda tempo e trabalho acentuados (desmontagem, testes etc.), nestes casos podendo ser cobrado, desde que previamente informado o consumidor.

De qualquer modo, se realizado o serviço sem a elaboração do orçamento, o caso não é de exonerar o consumidor da obrigação de pagamento, até porque isso implicaria enriquecimento sem causa, vedado pelo direito. Como lecionam Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, em seus *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, “a solução mais consentânea com os princípios

que informam este Código, notadamente com o equilíbrio que deve presidir as relações de consumo (art. 4º, inc. III, fine deste Código), deverá, necessariamente, demandar avaliação do custo do serviço equivalente, durante a instrução probatória”.<sup>31</sup>

Diversamente, porém, será a solução se o serviço for realizado sem a autorização expressa (verbal ou escrita) do consumidor. Neste caso: “Se o serviço, não obstante a ausência de aprovação expressa do consumidor, for realizado, aplica-se, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 39, ou seja, o serviço, por não ter sido solicitado, é considerado amostra grátis”.<sup>32</sup>

No inciso VII, a vedação diz respeito ao repasse da informação direta entre fornecedores e demais pessoas. A hipótese diverge daquela prevista no art. 43 do Código, que autoriza os bancos de dados e cadastros de consumidores. E mais, o que se veda é o repasse de “*informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos*” e não a de quaisquer atos.

O adjetivo **depreciativo** também deve conter seus limites interpretativos, para que não se tolha a atividade empresarial. A postura incorreta do fornecedor, coibida pela lei, é a divulgação de notícias (públicas ou a outro fornecedor) que desdenhem do consumidor, que o rebaixem ou importem em desprezo ao consumidor, enfim, a que demonstra a falta de estima.<sup>33</sup>

A normalização (inciso VIII) busca estabelecer certa uniformidade entre produtos e serviços, facilitando assim a vida dos consumidores, bem como protegendo-os no que tange à compatibilização de bens, segurança, economia, respeito ao meio ambiente etc.

No inciso X, a norma volta-se para a vedação da elevação do preço, *sem justa causa*, ou seja, qualquer elevação de preço deve ser justificada.

A justa causa para a elevação pode decorrer do aumento de preços da matéria-prima, da correção substancial dos salários dos empregados, ou outra causa que reflita no custo final do produto ou serviço. O que não pode é ocorrer elevação sem justa causa, a depender apenas da vontade do fornecedor, pois isso significa prejuízo certo para o consumidor e locupletamento ilícito para o fornecedor, situações que o Código busca sempre coibir.<sup>34</sup>

A disposição do inciso XI apenas reafirma o óbvio, pois o reajuste em desacordo com a lei ou com o contrato viola direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Além disso, o Código já considera nula de pleno direito (art. 51) cláusula que permita ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço da maneira

<sup>31</sup> ARRUDA ALVIM et. al. *Código do Consumidor Comentado*, p. 216.

<sup>32</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 326.

<sup>33</sup> SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas Mercantis...*, p. 195.

unilateral (inc. X) ou autorize o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (inc. XIII). E, por outro lado, o art. 41 do Código exige que os fornecedores respeitem “*os limites oficiais*”, no caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, pena de responderem pela restituição do excesso cobrado, podendo ainda o consumidor exigir até mesmo o desfazimento do negócio, com as sanções cabíveis.

Por último, o inciso XII exige que todos os contratos de consumo tragam claramente o prazo de cumprimento das obrigações pelo fornecedor, com o que busca-se a efetiva realização do contrato.

### 4.3 Direito de arrependimento pelo consumidor

Pela regra geral, os contratos são irrevogáveis. Mas as partes podem estipular o direito de arrependimento, sujeitando-se às penalidades convencionadas ou previstas na lei.

Esta regra também se aplica aos contratos de consumo, de modo que, para “os fornecimentos feitos no estabelecimento comercial, em presença do consumidor ou seu representante, em prévio conhecimento dos termos contratuais e mediante suficiente reflexão, vigora o princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, o consumidor deverá cumprir o que contratou, sujeitando-se às conseqüências do inadimplemento”.<sup>35</sup>

No entanto, se a contratação do serviço ocorrer *fora* do estabelecimento comercial, o Código de Defesa do Consumidor estabelece regra diversa, conforme segue:

*“Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio.*

*Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”*

É que, nas chamadas vendas de porta-em-porta ou em domicílio, bem como naquelas feitas por meio de telefone, anúncios na televisão, Internet, catálogos ou semelhantes, o consumidor tem de ser protegido da prática comercial agressiva que normalmente o impede de refletir e manifestar livremente sua vontade.

De outro lado, o consumidor perturbado em sua casa ou no local de trabalho não tem o necessário tempo para refletir se deseja realmente

<sup>34</sup> ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, p. 123.

<sup>35</sup> ALMEIDA, J. B. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, p. 148.

obrigar-se, se as condições oferecidas lhe são realmente favoráveis; não tem o consumidor a chance de comparar o produto e a oferta com outras do mercado, nem de examinar com cuidado o bem que está adquirindo. O consumidor recebe do vendedor, ou da correspondência circular enviada, no mais das vezes, informações incompletas, principalmente sobre o preço da mercadoria (por exemplo: curso de computação *grátis* e em 3 vezes, *sem juros* – mas com correção monetária; desconto de 20% à vista; assinando a *proposta* receberá uma Bíblia *de graça*, não ficando obrigado a contratar, etc.). Por fim se o produto adquirido apresenta algum defeito ou vício de qualidade, não possui o consumidor a possibilidade de reclamar, pois o vendedor não retornará e a fábrica localiza-se em outro Estado da Federação, o que desestimula a reclamação”.<sup>36</sup>

Assim, quando o consumidor adquire “por impulso”, é razoável garantir-lhe um prazo de reflexão ou arrependimento. No regime do Código de Defesa do Consumidor, esse prazo é de 7 (sete) dias, “de relativa exigüidade, de modo a evitar eventuais abusos que possam ser cometidos pelo consumidor”.<sup>37</sup> E tal prazo é contado pela regra do art. 132 e parágrafos do Código Civil de 2002, ou seja, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do final, lembrado que não se inicia nem se finda nenhum prazo em feriado ou dia não útil, pois ocorre a prorrogação para o dia útil imediato.

A lei diz que o consumidor poderá desistir do contrato no prazo de 7 dias “a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto”. Porém, deve ser entendido que, se o produto não for entregue no dia da assinatura do contrato, o prazo só se iniciará quando ocorrer a entrega, porque é nesta oportunidade que o consumidor tem acesso físico ao produto e pode então verificar se atende às suas expectativas. Como ensina Nelson Nery Júnior, não teria sentido “contar-se o curto prazo de reflexão a partir da assinatura do contrato ou da postagem do pedido nos correios, sendo que a surpresa do consumidor somente ocorrerá quando efetivamente receber o produto em suas mãos. A proteção que a lei lhe confere restaria inócua”.<sup>38</sup>

Por outro lado, o direito de arrependimento existe mesmo que a iniciativa da aquisição tenha partido do consumidor, pois ainda assim pode não ter ficado satisfeito com as características do produto ou serviço adquirido.

O exercício do direito de arrependimento também não está sujeito a qualquer justificativa, basta a manifestação objetiva da desistência, pura e simplesmente.

No íntimo, o consumidor terá suas razões para desistir, mas elas não contam e não precisam ser anunciadas. Ele pode não ter simplesmente gostado da cor do tapete adquirido pelo telefone na oferta feita pela TV, ou foi seu tamanho que ele verificou ser impróprio. O consumidor pode

<sup>36</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 705.

<sup>37</sup> NERY JÚNIOR. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 492.

<sup>38</sup> NERY JÚNIOR. N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 493.

apenas não querer gastar o que iria custar o bem. Ou se arrepender mesmo. O fato é que nada disso importa. Basta manifestar objetivamente a desistência.<sup>39</sup>

Importante lembrar ainda que, naturalmente, “o exercício dessa *faculdade* implica a necessidade de que, v. g., o produto que tenha sido vendido não tenha sido danificado. Se tiver sido, nesse caso, caberá ao consumidor ressarcir o fornecedor pelos danos causados, pena de enriquecimento ilícito daquele primeiro”.<sup>40</sup>

Com a devolução, o consumidor terá direito à restituição do que tiver pago, devidamente corrigido pelos índices oficiais. Será abusiva e, portanto, nula de pleno direito, cláusula que estabeleça a perda das quantias pagas (art. 51, II, CDC).

As despesas de envio, frete e outros encargos ficarão por conta do fornecedor, inserindo-se dentro do risco do seu negócio. Nem teria sentido carrear ao consumidor essas despesas, pois isso “praticamente inibe o exercício do direito de arrependimento, tonando-o inoperante”.<sup>41</sup>

Cláudia Lima Marques levanta interessante questão sobre a dificuldade no tratamento dos contratos de serviços. E indaga: “Poderá o consumidor exercer o seu direito de arrependimento do art. 49, no caso de serviços já executados, como poderão estes ser ‘devolvidos’ ? Ou a regra do art. 49, que menciona expressamente ‘os serviços’, só se aplica aos serviços ainda não executados ?”<sup>42</sup>

Para ela, “o direito de arrependimento é independente da possibilidade física da volta ao *status quo*, o direito é assegurado para liberar o consumidor do vínculo contratual, sem ônus, devendo, porém, restabelecer o seu parceiro contratual, o fornecedor, na situação que se encontrava antes da contratação”.<sup>43</sup> Neste sentido, seria possível ao consumidor exercer seu direito de arrependimento, mas teria que ressarcir o fornecedor pelo serviço já prestado .

Referida jurista ainda ressalta outro aspecto importante sobre a questão em exame:

(...) O caso dos serviços, porém, deverá merecer um exame mais acurado da jurisprudência, pois historicamente muitos dos serviços devem ser prestados a domicílio, por sua própria natureza. A norma alemã propõe a solução de se afastar o direito de arrependimento, se foi o consumidor que solicitou ao fornecedor vir até sua residência para, por exemplo, consertar o fogão, a geladeira, pintar a casa, ou reformar o

<sup>39</sup> NUNES, Luiz A. Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...*, p. 557.

<sup>40</sup> ARRUDA ALVIM et. al. *Código do Consumidor...*, p. 49; no mesmo sentido: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 369-370.

<sup>41</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 496.

<sup>42</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 714-715.

<sup>43</sup> MARQUES, C. L. *Obra citada.*, p. 715.

banheiro”. E conclui: “Solução semelhante não ofende os princípios do CDC, bem ao contrário se adapta perfeitamente à idéia de boa-fé obrigatória de ambas as partes tanto na fase pré-contratual como contratual.<sup>44</sup>

Tais soluções, pela visível razoabilidade, merecem ser acatadas, notadamente aquela que diz respeito ao arrependimento por serviço já realizado e assim impossível de ser restituído. Por óbvio, o direito de arrependimento, que em si já é um benefício, não pode gerar um outro ainda maior, de simplesmente isentar o consumidor do pagamento pelo serviço a ele prestado. Isso implicaria enriquecimento sem causa em detrimento de outrem, expediente que a lei não tolera.

No caso do consumidor invocar unicamente vícios de quantidade ou de qualidade dos serviços, não haverá propriamente “arrependimento” e sim a situação prevista no art. 20 do Código de Defesa do Consumidor, resolvendo-se então pelas alternativas ali previstas (reexecução dos serviços pelo próprio prestador ou por terceiros, sem custo adicional; restituição da quantia paga, devidamente atualizada, sem prejuízo de perdas e danos; ou abatimento proporcional do preço).

De resto, há quem afirme que o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor não se aplica em compra e venda de imóvel, por ser “da essência do negócio a realização fora do estabelecimento comercial”, diante na necessidade de escritura pública.<sup>45</sup>

No entanto, salienta Luiz Antonio Rizzatto Nunes: “É muito comum observar corretores-vendedores que percorrem casas, oferecendo e vendendo lotes de terreno para veraneio. Como é possível via telefone ou pela Internet dar entrada para adquirir um terreno”.<sup>46</sup>

Logo, com o devido respeito, não é possível excluir desde logo a possibilidade de aplicação do disposto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor nas aquisições de imóveis. Essa aplicação, ou não, dependerá das circunstâncias de cada caso concreto.

## **5. O equilíbrio (equidade) contratual**

O art. 3º da Constituição Federal coloca entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (inc. I).

---

<sup>44</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 715.

<sup>45</sup> NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 495; ARRUDA ALVIM et. al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 242.

<sup>46</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...*, p. 560.

Seria impossível atingir tal objetivo, se os indivíduos e os grupos sociais ou econômicos ficassem entregues ao comando de suas próprias vontades, a não ser que vivêssemos em um mundo ideal, onde as pessoas agissem sempre de forma livre e racional, realizando voluntariamente negócios justos e equilibrados.

Mas como sabemos, “os mundos ideais e fatuais geralmente não se parecem muito um com o outro. Devido às desigualdades nos recursos econômicos, assim como nas habilidades individuais, o mercado produz contratos mais ou menos desequilibrados ou mesmo contratos aparentemente abusivos”.<sup>47</sup>

Portanto, presumindo-se o desequilíbrio nas relações de consumo, pois o consumidor normalmente está em uma posição de debilidade e subordinação estrutural (vulnerabilidade) em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo, nada mais justo e correto do que buscar restabelecer ou superar esse desequilíbrio. Só assim, as relações de consumo poderão cumprir seus objetivos, com maior harmonia e redução de conflitos .

Essa harmonização do mercado insere-se entre os princípios e objetivos delineados para a Política Nacional de Relações de Consumo, segundo se vê expresso no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que prega exatamente o “*equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

---

<sup>47</sup> WILHELMSSON, Thomas. “Regulação de Cláusulas Contratuais”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 18, abr./jun. 1996, p. 9-22.

## 5.1 Interpretação pró-consumidor

O art. 47 do Código de Defesa do Consumidor é taxativo: “*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”.

Seu escopo é inequivocamente o de proteger o consumidor, parte mais fraca na relação de consumo e cuja vulnerabilidade a lei reconhece de modo expresso (art. 4º, I, CDC).

A aplicação da regra obviamente depende da existência de alguma ambigüidade no contrato, pois “só as cláusulas ambíguas é que se prestam a mais de uma interpretação; se a cláusula tiver sentido unívoco, não haverá mais de uma interpretação possível, nem favoravelmente, nem contra o consumidor”.<sup>48</sup>

O comando da regra deve ainda ser entendido na sua exata acepção, pois também é óbvio que interpretação “favorável” não significa autorização para benevolência ao consumidor em detrimento do fornecedor. Não se trata de retirar de um para dar ao outro, mas sim de uma interpretação dentro do contexto do contrato, fundado na boa-fé das partes e sempre voltada para a realização de um fim contratual justo para ambos os contratantes. A “*harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo*” é, aliás, um dos princípios eleitos na Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º, III, CDC).

É regra antiga, prevista no art. 85 do Código Civil atual, que: “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*”.

E assim com razão, pois segundo o magistério de Pietro Perlingieri:

A palavra é um sinal que ‘além e em si mesmo remete a alguma outra coisa que, por sua vez, possui caráter essencialmente extralingüístico. O sentido não é uma ‘qualidade da palavra’, mas a sua ‘relação a uma coisa’, a um contexto material ou a um contexto de experiência. De maneira que com a palavra ‘sentido’ se entende a senha ‘para a específica relação’ entre a expressão lingüística e a relativa coisa, que é estabelecida através da definição: não existe, portanto, um sentido imanente à palavra, este é a relação (e nada mais) entre o texto e um objeto ao qual se refere. Desse modo, então, a interpretação deve levar em consideração essa referência necessariamente externa a um ‘significado próprio das palavras’ (...), como se existisse um significado interno ao texto, que prescinde da sua relação com o mundo exterior”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> ARRUDA ALVIM et. al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 238.

<sup>49</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil...*, p. 67-68.

Segue-se daí a responsabilidade do intérprete, pois a ele cabe desvendar, entender e considerar o negócio como um todo, pois o conteúdo do contrato a interpretar não é somente aquele 'posto' em cláusulas pré-redigidas unilateralmente pelo fornecedor. É necessário considerar também todo o contexto anterior que constitui a oferta, isto é, a publicidade veiculada, os prospectos distribuídos, as informações prestadas ao consumidor, as práticas comerciais exercidas, tais como a venda casada, a oferta de prêmios ou brindes especiais para incitar a manifestação de vontade positiva do consumidor etc.

Esta atividade de integração decorre até mesmo das normas do próprio Código de Defesa do Consumidor, bastando ver as disposições dos artigos 30, 48 e 50, vinculando o consumidor por outros atos anteriores ou posteriores ao contrato, tais como a publicidade e a garantia do produto, portanto jamais podendo ser desprezados pelo intérprete.

Em se tratando de contratos de adesão, de larga utilização nas relações de consumo, o novo Código Civil estabeleceu a regra seguinte: “Art. 423. *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*”.

A par disso vir ao encontro do que já é previsto na norma do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, cumpre destacar a regra do art. 54, § 1º, deste Diploma, no sentido de que “*A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato*”.

## 5.2 A proteção contra cláusulas abusivas

Como atrás já foi dito, entre os direitos básicos do consumidor insere-se a proteção contra as “práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (art. 6º, IV, CDC).

Cláudio Bonatto refere que a repressão às cláusulas abusivas “funda-se no repúdio à situação de desequilíbrio, via de regra existente entre os sujeitos da relação jurídica de consumo, eis que o consumidor (não-profissional) não tem conhecimento técnico-jurídico sobre as regras de contratação, enquanto o agente econômico (o fornecedor), como profissional, tem aquele conhecimento, ou socorre-se de terceiro que o tenha”.<sup>50</sup> Essa desigualdade é reconhecida pela própria lei, que afirma a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, CDC), de modo que necessária se faz a sua proteção.

A proteção contra cláusulas abusivas insere-se como mecanismo de defesa que avança pela relação contratual não só para evitar a estipulação de tais cláusulas, como para declarar “*nulas de pleno direito*” aquelas eventualmente estipuladas ou que venham a se revelar abusivas. Busca-se, pois, um efetivo controle do conteúdo do contrato, de modo a que este consiga realizar as expectativas das partes, bem como cumprir sua função social.

## 5.3 Controle judicial dos contratos

O § 3º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor previa: “*O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral*”. Mas este dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento básico de que o controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário.

Em caráter geral, portanto, remanesce apenas a possibilidade de controle judicial dos contratos de consumo, o qual pode se dar em *abstrato* ou em *concreto*. Será em abstrato quando realizado preventivamente, ou seja, para o fim de nulificar cláusulas gerais de contrato-padrão, antes mesmo de qualquer adesão pelo consumidor. E em concreto quando se pretender nulificar, por abusivas, cláusulas ou contratos já concluídos.

Não se esquecendo de que, por serem *nulas de pleno direito*, pode o juiz decretar até mesmo de ofício a nulidade das cláusulas abusivas, cumpre destacar que o Código de Defesa do Consumidor deixou instituído em seu art. 51:

---

<sup>50</sup> BONATTO, Cláudio. *Cláusulas Abusivas nas Relações Contratuais de Consumo*, p. 42.

“§ 4º. É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

Há quem entenda que o dispositivo em tela não encerra hipótese de legitimidade de agir exclusiva ao Ministério Público, “porque qualquer legitimado pelo art. 82 do Código pode mover todo e qualquer tipo de ação judicial necessária para a efetiva tutela dos direitos protegidos pelo Código, conforme deflui do art. 83 do CDC”.<sup>51</sup>

No entanto, com a devida vênia, parece mais acertado afirmar que, no caso de *controle abstrato*, o Ministério Público “é o único legitimado” para propor a ação.<sup>52</sup>

Tal conclusão fica reforçada, se verificarmos que a legitimação concorrente era prevista no parágrafo único do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispunha: “*Poderá ser ajuizada, pelos legitimados no artigo anterior ou por qualquer interessado, ação visando o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais*”. Mas este parágrafo foi vetado pelo Presidente da República.

Logo, a melhor inteligência da lei é a de que, diante da especificidade da regra do art. 51, § 4º, do Código, “todos os legitimados podem pleitear judicialmente a nulidade de cláusulas abusivas constantes de contratos já entabulados (ou seja, o controle judicial em concreto), ao passo que o Ministério Público pode, além disso, postular o controle judicial em abstrato”.<sup>53</sup>

Ainda, como ensina Roberto Senise Lisboa: “A correção judicial sobre o conteúdo do contrato pode se dar com a nulidade do dispositivo, sua redução ou, ainda, a substituição do dispositivo (concedendo-se uma plêiade maior de poderes ao juiz para tal controle)”.<sup>54</sup> Assim, atende-se ao princípio da intangibilidade do negócio jurídico, fundado o magistrado na utilidade social e na equidade.

Nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, a sentença proferida nas ações coletivas tem eficácia “*erga omnes*” e “*ultra partes*”, na extensão e conforme as hipóteses ali tratadas, ressalvado ainda que “*Os efeitos da coisa julgada nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe*”.

## 6. O dever de garantia

<sup>51</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 537.

<sup>52</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 949.

<sup>53</sup> BONATTO, Cláudio. *Cláusulas Abusivas nas Relações Contratuais de Consumo*, p. 128.

<sup>54</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos...*, p. 188-189.

Da análise do conjunto das disposições contidas nos artigos 8º a 20 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que os produtos e serviços devem ser próprios e adequados ao consumo ou uso a que se destinam, não oferecendo riscos à saúde e segurança do consumidor.

O art. 24 do Código de Defesa do Consumidor procura tornar efetivos tais comandos, dispondo:

*“Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”.*

A garantia legal não se confunde com a garantia contratual, que é regulada pelo art. 50 do Código, nos termos seguintes:

*“Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.*

*Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso de produto em linguagem didática, com ilustrações.”*

Portanto, a garantia contratual, como tem sido dito, consiste apenas um *plus* da garantia legal, na medida em que é facultativa e complementar àquela.

O fundamento da garantia legal se assenta no princípio da confiança, que por sua vez concentra-se “nas expectativas legítimas despertadas nos consumidores pela ação dos fornecedores”.<sup>55</sup> Em outras palavras, ao colocar um produto ou serviço no mercado, o fornecedor assume um ônus natural, uma espécie de garantia implícita de que aquele produto ou serviço são adequados para os fins a que se destinam, consequentemente despertando no consumidor uma confiança quanto à funcionalidade, durabilidade, segurança etc., a qual tem de ser respeitada e protegida, em função da boa-fé na contratação.

E tal proteção tem justa razão. Sendo o consumo parte essencial do dia-a-dia do ser humano e sendo o consumidor o sujeito em que se encerra todo o ciclo econômico, é justo que se lhe dê força ativa no âmbito das relações de consumo e plena consciência de seu importante papel no mercado (não só como agente remunerador, mas como regulador também). Eis por que, como diz Luiz Amaral, “a defesa do consumidor é uma questão sócio-econômica que no Brasil, com a retomada do processo democrático, vem

---

<sup>55</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 1.065.

assumindo crescente importância. Afinal, sem consumidor não há comerciante, não há industrial ou prestador de serviços”.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> AMARAL, Luiz. O Código, a Política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6., p. 69-75, abr./jun. 1993.

A garantia legal não é obrigação exclusiva do fabricante, mas igualmente suportada por todos aqueles que ajudaram a inserir o produto ou serviço no mercado, portanto estendendo-se solidariamente ao distribuidor, montador, comerciante etc. (art. 7º, par. ún.; art. 25, § 1º, CDC).

Os prazos para reclamação da garantia legal (contados a partir da entrega do produto ou do término da execução dos serviços - § 1º do art. 26) vêm disciplinados no art. 26 do Código, sendo de “*trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não durável*” (inciso I), e de “*noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto durável*” (inciso II). A inteligência do que seja produto ou serviço “durável ou “não durável” não oferece dificuldade, pois como o próprio nome diz, “durável” é o que não se extingue com o uso, ou que leva tempo para desgastar ou ser consumido; e “não durável”, ao contrário, é o que logo se extingue ou se acaba com a utilização ou uma vez prestado do serviço.

Esses prazos, como diz o caput do art. 26, são para “*reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação*”. Tratando-se de vício oculto, “*o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito*” (§ 3º).

Por outro lado, como a garantia é do produto ou do serviço, ela os acompanhará se estes forem transmitidos a sucessivos consumidores. E, de resto, os produtos usados vendidos por fornecedor típico também gozarão da garantia legal, ressalvado apenas que esta garantia haverá de ser “considerada segundo as reais especificidades do produto que estiver sendo comprado, bem como com as condições de oferta do fornecedor que o estiver vendendo”.<sup>57</sup> Assim, por exemplo, o consumidor que adquire um veículo usado obviamente não pode esperar o mesmo desempenho, qualidade, durabilidade etc. de um veículo novo. Mas o “seu funcionamento tem de estar adequado, segundo sua própria qualidade de usado”.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 327.

<sup>58</sup> NUNES, L. A. R. *Obra citada*, p. 327.

## 6.1 Vícios de qualidade ou quantidade do produto ou do serviço

O Código de Defesa do Consumidor dedica seu Capítulo IV para tratar “DA QUALIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS, DA PREVENÇÃO E DA REPARAÇÃO DOS DANOS”. E neste reserva a Seção III para tratar “Da responsabilidade por vício do produto e do serviço”.

Em seus “Comentários” ao Código, Luiz Antonio Rizzatto Nunes faz interessante distinção entre *vício e defeito*, dizendo:

O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si”, enquanto o “Defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço (...) o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo a pessoa do consumidor em outros bens seus. O defeito vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico, seja moral e/ou material.<sup>59</sup>

Por outro lado, embora exista certa similitude, os vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços não se confundem com os vícios redibitórios previstos no Código Civil de 2002 (arts. 441 a 446). Vícios redibitórios são defeitos ocultos da coisa, que uma vez descobertos geram para o adquirente o direito à rescisão do contrato ou abatimento no preço. E os vícios de qualidade ou quantidade, previstos no Código de Defesa do Consumidor, podem ser tanto ocultos como aparentes e geram alternativas de reparação muito mais amplas, como será visto.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

*“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.*

*§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:*

*I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;*

*II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;*

*III – o abatimento proporcional do preço.*

---

<sup>59</sup> NUNES, L. A. R.. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 214-215.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quanto identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I – o abatimento proporcional do preço;

II – complementação do peso ou medida;

III – a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.”

De início, destaca-se a solidariedade legal, portanto ficando jungidos na responsabilidade pelos vícios de qualidade ou quantidade todos “os fornecedores”, subentendidos, portanto, o fabricante, o distribuidor, o comerciante, enfim todos aqueles que tenham contribuído para colocar o produto no mercado. Por conseguinte, em vista dessa solidariedade, o consumidor pode, à sua escolha, exercer sua pretensão contra todos, contra alguns, ou apenas contra o fornecedor imediato.

Vícios de qualidade, conforme diz a lei, são aqueles que tornam os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim entendidos, dentre outros, os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos, os deteriorados, alterados, adulterados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, bem como aqueles que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam. O rol, evidentemente, tem apenas o caráter exemplificativo.

O *caput* do art. 18 ressalva as variações decorrentes da natureza do produto, salvaguardando aí aquelas alterações normais ou naturais que podem ocorrer em determinados produtos, sem no entanto implicarem vícios. Assim, por exemplo, é absolutamente normal a perda do frescor das verduras colhidas, a mudança de coloração nas cascas de frutas ou legumes durante o processo de amadurecimento etc.

Tocante aos vícios de quantidade, eles se caracterizam quando o conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, sem, no entanto, alterar a qualidade do produto. O prejuízo normalmente é apenas pela quantidade, peso ou medida inferior. Se houver alteração na qualidade, o vício será então por inadequação.

Quando fizer a pesagem ou medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais, o fornecedor imediato terá responsabilidade exclusiva (art. 19, § 2º), pois evidentemente foi o único a causar o vício.

As alternativas que se abrem em favor do consumidor são diversas, conforme se tratem de vícios de qualidade e de quantidade. Basicamente, porém, pode ele escolher entre manter ou não o contrato, seguindo-se daí as conseqüências próprias, conforme for a escolha: restituição de valores pagos, substituição do produto, abatimento proporcional do preço etc.

No que se refere aos vícios dos serviços, a disciplina é praticamente a mesma, salvas as particularidades, como se pode ver a seguir:

*“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumidor ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as*

*indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha;*

*I – a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;*

*II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;*

*III – o abatimento proporcional do preço.*

*§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.*

*§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”*

Na hipótese, como se vê, o responsável é o “*fornecedor de serviços*”. Mas isso não exclui eventual solidariedade entre o fornecedor direto dos serviços e outros que indiretamente tenham participado da relação. Lembre-se que, em diversas passagens, o Código prega expressamente a solidariedade entre todos os causadores do dano (art. 7º, par. ún.; art. 25, §§ 1º e 2º; art. 34).

Conquanto o art. 20 só se refira a vícios de qualidade, os vícios de quantidade também estão abrangidos, posto que obviamente os serviços incompletos ou em menor extensão estão em disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária. De qualquer modo, mesmo não fosse por isso, a proteção adviria de “uma interpretação extensiva do *caput* do art. 19 para incluir nas salvaguardas que ele pretende estabelecer o vício de quantidade do serviço”.<sup>60</sup>

Entre as alternativas em favor do consumidor, além da reexecução dos serviços, sem custo adicional, da restituição da quantia paga, monetariamente atualizada e do abatimento proporcional do preço, acrescenta-se ainda a possibilidade da reexecução dos serviços por terceiros capacitados, por conta e risco do fornecedor.

De resto, segundo os ditames do art. 23 do Código de Defesa do Consumidor, “*A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade*”.

Desnecessário também perquirir sobre eventual culpa do fornecedor, em face do dever de qualidade que a ele se impõe. A sua responsabilidade nasce com a simples violação do referido dever, pela introdução no mercado de produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou aos fins que razoavelmente deles se esperam.

Portanto, a obrigação do fornecedor quanto aos vícios do produto ou serviço se distingue claramente das demais, uma vez que se inspira numa política de “prevenção de culpas”.<sup>61</sup>

## **6.2 Garantia legal de adequação do produto ou do serviço**

<sup>60</sup> NUNES, L. A. R.. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 267.

<sup>61</sup> MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, León; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I, vol. 1: “Se advierte que la obligación de garantía, como la responsabilidad basada sobre la culpa, impone a una persona reparar un daño. Pero el responsable repara las consecuencias de una culpa en la que há incurrido, por violación de una obligación o de un deber anteriores; mientras que el garante cubre un caso fortuito, un riesgo” (p. 137-138). (...) “La garantía se inspira, por otra parte, en una política de prevención de las culpas. Un vendedor podría estar tentado de ocultar los vicios que conociera de la cosa que vende. Si es de buena fe, con alguna mayor diligencia, habría podido descubrir esos vicios y hasta evitarlos, si es fabricante. Al convertirlo en garante, se le impulsa a buscarlos atentamente, a evitarlos, a denunciarlos. Es una sana política, y es ella la que inspira probablemente a la jurisprudencia al asimilar el vendedor profesional con un vendedor de mala fe” (p. 140).

Os artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor trazem noção exemplificativa da inadequação dos produtos ou serviços. E, ao que se vê, assim são considerados os produtos ou serviços que não atendam as normas regulamentares de fabricação ou prestabilidade ou, por qualquer motivo, se revelem insuficientes à realização dos fins a que se destinam ou que razoavelmente deles se esperam.

O objetivo último da garantia legal é, portanto, assegurar a realização da expectativa e confiança que os produtos ou serviços colocados no mercado despertam no consumidor, levando-o à aquisição ou ao consumo. Ou como dizem Gabriel A. Stiglitz e Rubén S. Stiglitz:

Precisamente, se um só elemento pudera reunir o conjunto das aspirações dos consumidores, em ordem à satisfação de suas necessidades, estaria constituído pela exigência de qualidade dos produtos e serviços: que os mesmos sejam, de acordo com sua natureza e características, idôneos para satisfazer a finalidade a que estão destinados e, conseqüentemente, colmar as expectativas dos consumidores.<sup>62</sup>

A garantia de adequação do produto ou do serviço não se constitui apenas num dever de qualidade imposto aos fornecedores, mas alça-se como um dos princípios norteadores da própria Política Nacional de Relações de Consumo, consoante estabelece o art. 4º, II, “d”, do Código de Defesa do Consumidor.

Essa garantia, como já se viu antes, decorre da lei e vem prevista no art. 24 do Código de Defesa do Consumidor, compreendendo “a mais ampla forma de proteção, pois que ‘por qualquer motivo (legítimo ou objetivo)’ o produto pode ser tido como inadequado”<sup>63</sup>.

E tão importante é que a lei proibiu expressamente seja estipulada cláusula contratual “*que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar*” (art. 25, CDC) prevista no Código. Cláusula neste sentido é nula de pleno direito (art. 51, I, CDC). Apenas não será assim, se a situação se enquadrar na exceção legal, qual seja: “*Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis*” (art. 51, I, segunda parte).

Fiel ao seu eixo, o Código reafirma: “*Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação...*” (art. 25, § 1º). E ainda realça: “*Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação*” (§ 2º).

---

<sup>62</sup> STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rúben S. *Derechos y Defensa del Consumidor*, p. 317-318: “Precisamente, si un solo elemento pudiera reunir el conjunto de las aspiraciones de los consumidores, en orden a la satisfacción de sus necesidades, estaría constituido por la exigencia de calidad de los productos y servicios: que los mismos sean, de acuerdo con su naturaleza y características, idóneos para satisfacer la finalidad a la que están destinados y, consiguientemente, colmar las expectativas de los consumidores”.

<sup>63</sup> ARRUDA ALVIM et al., *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 167.

Finalmente, deve-se atentar que o escopo da garantia de adequação é o reequilíbrio da relação contratual, na medida em que, para satisfazer os interesses do consumidor, força o fornecedor ao cumprimento perfeito da obrigação. A garantia concentra-se, assim, na prestação principal, determinando o conserto, substituição do produto, reexecução dos serviços, abatimento do preço ou até mesmo a rescisão do contrato, com devolução das quantias pagas. A finalidade principal, portanto, não é a de indenizar ou ressarcir os danos eventualmente sofridos pelo consumidor.

### 6.3 Garantia legal de segurança do produto ou do serviço

Salienta Silvio Luís Ferreira da Rocha:

O objetivo de rentabilidade e lucro almejado pelo fornecedor nem sempre é compatível com a melhoria da qualidade dos produtos introduzidos por ele no mercado. Por isso, muitas vezes, o Estado é obrigado a impor aos fornecedores condições mínimas de conformidade entre os produtos fabricados e as exigências sociais e eventuais sanções no caso de descumprimento das condições impostas.<sup>64</sup>

Atento a isso, nos artigos 8º a 17 do Código de Defesa do Consumidor, o legislador impôs ao fornecedor a obrigação de garantia de segurança razoável do produto.

Ditas normas consagram dois grandes deveres dos fornecedores: o *dever de diligência*, consistente em não colocar no mercado de consumo produtos ou serviços que acarretem riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição; e o *dever de informação*, consistente na obrigação de prestar as informações necessárias e adequadas sobre os produtos ou serviços, formas corretas de utilização, cuidados que exigem, riscos que acarretem etc.

A garantia de segurança dos produtos e serviços não deve ser interpretada como de segurança absoluta, pois o próprio Código ressalva e admite os riscos à saúde e segurança “*considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição*” (art. 8º).

Reportando-se aos termos do art. 3º, 1, da Diretiva para a Comunidade Européia n.º 92/59, de 29.06.92, Silvio Luís Ferreira da Rocha ressalta que um produto seguro “é definido como todo o produto que, em condições de uso normal ou razoavelmente previsível, não apresenta riscos, ou, somente riscos reduzidos e aceitáveis, para a saúde e a segurança das pessoas”.<sup>65</sup> Levam-se em conta, em particular, os seguintes

---

<sup>64</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*, p 62.

<sup>65</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*, p. 63-64.

elementos: a) as características do produto, principalmente sua composição, embalagem; b) a apresentação do produto, de sua etiqueta, das suas instruções referentes a sua utilização e sua eliminação; c) as categorias de consumidores que se encontram em condições de risco grave ao utilizar o produto, em particular as crianças.

Tais critérios parecem bastante razoáveis, mormente porque, se o produto ou serviço forem altamente nocivos ou perigosos, o art. 10 do Código proíbe sejam colocados no mercado: “*O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança*”.

É importante destacar ainda que a obrigação do fornecedor se estende à fase posterior do contrato, visto que, se “*posteriormente tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competente e aos consumidores, mediante anúncios publicitários*” (art. 10, § 1º).

Quanto à responsabilização, o Código faz distinções importantes, dispondo no seu art. 12: “*O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*”. Trata-se claramente, portanto, de responsabilidade objetiva e direta.

De outro lado, no art. 13, assinala: “*O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis*”.

Logo, vê-se que a responsabilidade do comerciante é meramente subsidiária, até porque, como destaca Cláudia Lima Marques, com base em lição de Guido Alpa, “a maioria dos defeitos têm sua origem na fabricação, na construção ou no projeto do bem e não quando de sua comercialização”, portanto sendo justificada a “decisão do legislador do CDC de imputar a responsabilidade, em princípio, àqueles que poderiam ter evitado o defeito”.<sup>66</sup>

No caso de prestação de serviços, a previsão do art. 14 imputa responsabilidade ao “*fornecedor de serviços*”, também “*independentemente da existência de culpa*” (salvo a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, que será apurada mediante a verificação de culpa - § 4º), portanto responsabilidade objetiva e direta.

---

<sup>66</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 622.

De resto, conforme o *caput* do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, o fabricante e demais agentes ali nomeados respondem pelos “*danos causados aos consumidores por defeitos (...) de seus produtos*”. Disso verifica-se que, para a responsabilização, é indispensável a existência de defeito no produto e de um nexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor. Bem a propósito, aliás, vem ressalvado no próprio art. de lei: “§ 3º - *O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu; III – culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*”.

## 7. Inexecução contratual

O que se verifica na grande maioria dos casos é o adimplemento do contrato, com o devedor satisfazendo voluntariamente à pretensão do credor de forma perfeita e completa. Noutras situações, o cumprimento ocorre de forma compulsória, em ações próprias promovidas pelo credor. E noutras, ainda, o adimplemento não é de nenhum modo alcançado, decorrendo daí conseqüências diversas, conforme as circunstâncias do caso.

Apenas para relembrar, o Código Civil de 1916 estabelecia: “*Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos*” (art. 1.056). Ou, em se tratando de inexecução de contratos bilaterais: “*responde cada uma das partes por culpa*” (art. 1.057, segunda parte). E ainda: “*A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos*” (art. 1.092, par. ún).

No Código Civil de 2002, o regramento acima é mantido no essencial, como se pode ver dos dispositivos seguintes: “*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*” (art. 389). “*Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei*” (art. 392). “*A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos*” (art. 475).

Essa disciplina geral aplica-se aos contratos derivados das relações de consumo, ressalvadas algumas variações próprias, voltadas para a proteção do consumidor, parte mais fraca e cuja “*vulnerabilidade*” a lei reconhece expressamente (art. 4º, I, CDC).

Ao objetivo do presente estudo interessam basicamente duas situações, quais sejam, a resolução das obrigações pelo inadimplemento do preço e a cobrança da dívida. Vamos a elas.

### 7.1 Resolução das obrigações pelo inadimplemento da obrigação principal

O descumprimento de um contrato pode ensejar muitas situações, como exemplifica Luiz da Cunha Gonçalves:

Desde que o contrato não seja cumprido, diversas situações se podem apresentar ao credor. Se a obrigação é bilateral e ele também não cumpriu a sua, pode declarar-se *desobrigado*, e só exigir indenização de perdas e danos. Se a obrigação pode ainda ser cumprida fora do prazo, pode o credor exigir a coisa ou o fato em questão, com indenização do prejuízo da mora. Se o cumprimento tardio não interessa já ao credor, pode este requerer a rescisão do contrato e a indenização de perdas e danos.<sup>67</sup>

Como se vê, a resolução “tem lógica própria e definível, a cuja luz deve ser examinada, e sem a qual seus pormenores se tornam dificilmente inteligíveis. Ela visa corrigir um desequilíbrio que, por diversas razões, ataca o curso do itinerário contratual”.<sup>68</sup>

No exame de cada caso, a primeira coisa a fazer é verificar se há inadimplemento absoluto ou simples mora. E com notável precisão Agostinho Alvim faz a distinção entre uma situação e outra: “há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade”.<sup>69</sup>

Sendo a possibilidade ou não de receber a prestação ligada ao credor, tira-se daí que, mesmo a recusa de pagar pode não acarretar o inadimplemento absoluto, quando a execução direta seja possível. E isso porque, como também leciona Agostinho Alvim, “o que interessa para o credor é o recebimento, sem indagar se isso se deu por ato de vontade do devedor, ou em virtude de haver o credor recorrido à força”.<sup>70</sup>

Pesa ainda, e precisa ser bem examinado, se a prestação tornou-se ou não inútil por causa da mora, lembrado que, na hipótese em exame, a inutilidade não será a objetiva, absoluta, mas a subjetiva ou relativa, pois deverá ser aferida em relação **ao credor**. E assim porquanto o parágrafo único do art. 395 do Código Civil de 2002, repetindo regra que já existia no Código Civil de 1916 (art. 956, par. ún), estabelece: “*Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos*”. Logo, verificada a inutilidade prestacional, ela se torna “em tudo e por tudo equivalente a um óbice intransponível ao recebimento”<sup>71</sup>, portanto não mais se considerando o caso como de mora, mas sim de inadimplemento absoluto.

<sup>67</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro. Direito das Obrigações*, v. 2, p. 554.

<sup>68</sup> ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, p. 69.

<sup>69</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências* p. 59.

<sup>70</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, p. 59.

<sup>71</sup> ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato...*, p. 102.

De tudo isso, sobra certo que, enquanto no campo no inadimplemento relativo, o contrato pode ser salvo, porque “a mora é situação transitória, emendável e benigna”.<sup>72</sup> . Ou como diz Agostinho Alvim: “a mora purga-se, e o devedor, uma vez que se proponha a fazê-lo, poderá forçar o credor a receber a prestação, salvo se se tornou inútil”.<sup>73</sup>

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior doutrina no mesmo sentido:

A purga da mora em juízo sempre se concede na resolução legal até o término do prazo para a contestação, ou mesmo depois, até a sentença, de acordo com a exigência da boa-fé e por aplicação da regra do art. 462 do CPC, para manter a eficácia do contrato ou superar dificuldades que decorreriam de sua extinção (...). Na resolução convencional fundada em cláusula expressa, não há razão para que seja recusado o pagamento em juízo, desde que a mora não tenha sido causa da destruição do interesse do credor em receber a prestação. Cabe ao juiz examinar a situação dos autos à luz dos princípios do fim social do contrato e da boa-fé, para eventualmente aceitar a purgação da mora e manter o contrato, sendo de relevo ponderar a importância ética dos interesses em causa.<sup>74</sup>

Nas relações de consumo, devem ser reputadas abusivas eventuais limitações ou entraves à purgação da mora, visto tratar-se de direito impostergável do consumidor, com o fim de neutralizar o direito do fornecedor de resolver o contrato, prevenindo assim danos patrimoniais, o que é direito básico do consumidor (art. 6º, VI, CDC).

A propósito disso, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, formou-se jurisprudência desconsiderando a limitação do direito de purgação da mora à exigência de pagamento de 40% (quarenta por cento) do preço financiado nos contratos com alienação fiduciária em garantia, como era previsto no art. 3º, par. 1º, do Decreto-lei n.º 911, de 1.10.69.

Trazendo à colação inúmeros julgados de vários Tribunais, inclusive do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe assinalam:

*“A purgação da mora passou de fato e de direito a integrar defesa do consumidor, como medida de ‘efetiva prevenção de danos patrimoniais’ (art. 6º, VI e VII, do Codecon). Uma vez purgada a mora, o devedor tem direito a ver mantido em pleno vigor e eficácia o contrato de financiamento e conseqüentemente o pacto adjeto fiduciário, no qual está imerso o seu direito expectativo à reversão, ao seu patrimônio, do domínio do bem alienado em garantia ao credor, do qual desfruta por direito atual próprio a posse direta.*

<sup>72</sup> ASSIS, A. *Obra citada*, p. 103.

<sup>73</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, p. 70.

<sup>74</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. p. 187.

*A purgação da mora pelo devedor fiduciante passou a constituir direito básico do consumidor (art. 6º, VI, VII e VIII, do Codecon), decorrente dos novos princípios gerais de direito e equidade (arts. 4º, I, e 7º, in fine, do Codecon), direcionados ao equilíbrio da parte vulnerável na relação de consumo. Mas, objetivamente, por uma razão técnica: porque, pela natureza da adesão do devedor à cláusula resolutória, o exercício da alternativa de manutenção do contrato pela purgação da mora deve ser-lhe assegurado, para escolha no momento próprio (art. 54, par. 2º, do Codecon), que outro não é senão o da notificação ou protesto (art. 2º, par. 2º, do Dec.-lei 911). Se nessa medida preparatória não foi assegurada adequadamente pelo credor a prerrogativa de escolha da alternativa ao devedor que aderiu à cláusula de mora resolutória, ex re, o exercício desse direito fica diferido, e não suprimido, para ser concretizado inclusive na ação de busca e apreensão que se seguir.<sup>75</sup>*

Lamentavelmente, porém, sobreveio a Lei nº 10.931, de 02. 08.2004, introduzindo capitais alterações no Decreto-lei nº 911/69. Uma delas afasta a possibilidade de purgação da mora pelo devedor fiduciante, pois na ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente apenas ressalva a este “*pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário*” (art. 3º, § 2º, conforme a nova redação).

Além de tal dispositivo de lei constituir verdadeiro retrocesso, a sua interpretação isolada poderá levar a resultados manifestamente contrários à política de defesa do consumidor, garantida pela Constituição Federal. Dessa maneira, a aplicação dessa nova sistemática só pode ser entendida e aceita se, antes do ajuizamento da referida ação, tiver sido efetivamente garantido ao consumidor o seu direito à purgação de eventual mora.

Outro aspecto relevante no que diz respeito às relações de consumo, é a vedação da perda das quantias pagas. O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 51 considera abusiva e nula de pleno direito as cláusulas que “*subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga*” (inciso II), reforçando especificamente esta orientação no que tange aos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, alienações fiduciárias em garantia e consórcios de produtos duráveis (art. 53).

O fundamento dessas disposições obviamente está na vedação do enriquecimento sem causa, pois, desfeito ou resolvido o contrato, as partes devem tanto quanto o possível retornar ao *status quo ante*. Logo, se o bem retorna ao vendedor, cabe a este restituir o que recebeu do comprador, para não locupletar-se em detrimento do comprador.

---

<sup>75</sup> RESTIFFE NETO, Paulo: RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária*, p. 277.

Evidentemente, como ensina Inocêncio Galvão Telles, a medida da restituição não excederá o valor do enriquecimento nem o do empobrecimento. “O empobrecido não pode pretender mais do que aquilo em que o outro sujeito enriqueceu, pois de contrário haveria injustiça para este, tendo de desembolsar valor superior ao do seu benefício”.<sup>76</sup>

Isso significa que as circunstâncias de cada caso concreto é que haverão de nortear as eventuais compensações a serem feitas entre as partes, relativamente a frutos, rendimentos ou vantagens auferidas com a fruição do bem, acessórios, benfeitorias, perdas e danos no caso de deterioração ou perecimento etc., de modo a repor as partes no estado anterior, como se nunca tivesse existido o contrato.

De resto, a legitimidade para pedir a resolução contratual, quando há inadimplemento do preço, tem dado azo a ferrenhas discussões nos Tribunais.

---

<sup>76</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, p. 202.

Alguns julgados sustentam que a resolução do contrato só pode ser requerida pela parte lesada, não pelo próprio devedor inadimplente.<sup>77</sup> E, de fato, neste sentido dispõe o art. 475 do Código Civil de 2002: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. No Código Civil de 1916, a regra era praticamente a mesma: “A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos” (art. 1.092, par. ún.).

No entanto, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em certas situações especiais (p. ex., o desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos), tem admitido que a resolução possa ser requerida pelo próprio devedor inadimplente<sup>78</sup>.

O Código Civil de 2002 também abre exceção, pois no Capítulo “Da Extinção do Contrato” inclui a Seção IV, que trata “Da resolução por onerosidade excessiva”, onde o art. 478 assim dispõe: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Portanto, em princípio, o devedor inadimplente não tem o direito de pedir a resolução do contrato, como de certa feita bem afirmou o Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: “(...) não se pode transformar o contrato de compra e venda em um

---

<sup>77</sup> Neste sentido: TJSP: Ap. 229.513-2/9, j. 10.8.95, Rel. desig. Des. LAERTE NORDI; EI 250.449-2, Rel. Des. FRANKLIN NEIVA; Ap. 236.120-2/1, j. 21.06.94, Rel. Des. FRANCIULLI NETTO. Acórdãos transcritos por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR na obra *Direitos do Consumidor*, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 63-88.

<sup>78</sup> REsp 265.338-SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 24.5.2001, v. u. DJ: 20.8.2001, p. 461; REsp 265.338-SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 24.5.2001, v. u. DJ: 20.8.2001, p. 461; REsp 200.019-SP, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER. Rel. p/ o Acórdão Min. ARI PARGENDLER. j. 17.5.2001, v. u. DJ: 27.8.2001, p. 326; REsp 115.761-RS, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 8.8.2000, por maioria. DJ: 2.10.2000, p. 161; etc.

contrato de poupança. E a tanto equívale um contrato que autorizasse o comprador de um imóvel, financiado por cerca de 10 anos, a pedir a devolução do que pagou porque no quinto ano não tinha condições de honrar as obrigações que assumiu”.<sup>79</sup> Não haveria mais segurança jurídica em contrato de compra e venda de imóveis, gerando graves conseqüências no sistema econômico.

Assim, nos termos da lei, só em situações especialíssimas é que se pode admitir o pedido de resolução por parte do devedor inadimplente, cabendo a este, ainda, arcar com as perdas e danos decorrentes do desfazimento do negócio.

## 7.2 Cobrança da dívida

Conforme comentário apropriado de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

O débito de consumo decorre de uma relação limitada às pessoas do fornecedor e do consumidor. Como conseqüência, qualquer esforço de cobrança há que ser dirigido contra a pessoa deste. Não pode envolver terceiros (a não ser aqueles que garantem o débito), nem mesmo os familiares do consumidor. Só excepcionalmente tal é possível, e tão-só para aquisição de informações sobre o paradeiro do devedor.<sup>80</sup>

E, de fato, o Código de Defesa do Consumidor é categórico ao vedar as cobranças vexatórias:

*“Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*

*Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”*

Não satisfeito, para assegurar o efetivo cumprimento da regra acima, o legislador estabeleceu sérias conseqüências penais, conforme segue:

*“Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.*

*Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.”*

---

<sup>79</sup> REsp 59.870-SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 16.11.99, v. u., DJ: 7.02.2000. RSTJ 129/246.

<sup>80</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 341.

Do cotejo de ambos os dispositivos resulta claro que a lei não impede a cobrança, mas sim a cobrança abusiva. O que ela não quer, e disso não resta nenhuma dúvida, é o excesso, ou o agir “*injustificadamente*”, com o fim único de humilhar, de denegrir a imagem do devedor, ou de impingir a este coação ou constrangimentos físicos ou morais desnecessários ou além do que exige a cobrança normal, civilizada.

Portanto, nada impede que o credor cobre normalmente o seu crédito. Isso, aliás, é permitido, pois como assegura o art. 188, I, do Código Civil de 2002 (art. 160, I, CC/1916), os atos praticados em legítima defesa “*ou no exercício regular de um direito reconhecido*” não constituem atos ilícitos.

Nem é vedado, no exercício dessa cobrança, a “ameaça” do credor de protestar o título, de comunicar o inadimplemento aos serviços de proteção ao crédito, ou de ajuizar a ação judicial respectiva, porque nisto também não há ilegalidade, uma vez que, em princípio, tal “ameaça” apenas indica que o credor irá exercer um direito seu, de cobrar o crédito que possui. A ameaça proibida é aquela que nada tem a ver com o exercício regular de direito, como por exemplo a ameaça de publicar a inadimplência no círculo de relações do devedor, apenas para desacreditá-lo perante seus amigos, vizinhos, colegas de trabalho, fornecedores etc.

Por outro lado, a recomendação de que a cobrança não interfira com o trabalho, descanso ou lazer do devedor deve ser bem entendida. Não se trata obviamente de proibição absoluta, pois “a cobrança de qualquer crédito estaria inviável se o consumidor inadimplente não pudesse ser cobrado no seu trabalho, na hora de descanso ou no período de lazer”.<sup>81</sup>

O que a lei quer é apenas o comedimento, de modo a que não fique prejudicada desnecessariamente a vida no devedor, ou, outras palavras: “O que o Código quer aqui é evitar que o vexame seja utilizado como ferramenta de cobrança da dívida”.<sup>82</sup>

Enfim, o que precisa ser entendido é que o ato de cobrar não autoriza o ato de humilhar, porque isso ofende à dignidade da pessoa humana, valor que se constitui num dos fundamentos do Estado Brasileiro (art. 1º, III, CF) e sobre o qual não se pode transigir.

Bem a propósito, aliás, o Código Civil de 2002 estabelece em seu art. 187: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

---

<sup>81</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...*, p. 509.

<sup>82</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 344.

## CAPÍTULO V

### A REVISÃO DOS CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

*SUMÁRIO: 1. A revisão contratual e a segurança jurídica. 2. O fundamento do direito à revisão. 3. Situações que podem autorizar a revisão contratual. 3.1. Abuso do direito. 3.1.1. A expressão “abuso do direito”. 3.1.2. A consagração legal da figura do abuso do direito. 3.1.3. Abuso do direito e sua distinção de outros institutos afins. 3.1.4. Sanção do abuso do direito. 3.2. Cláusulas abusivas. 3.2.1. Conceito. 3.2.2. Critérios de identificação. 3.2.3. Espécies de cláusulas abusivas. 3.2.4. Nulidade das cláusulas abusivas. 3.3. Lesão enorme. 3.3.1. Fundamento da lesão. 3.3.2. Natureza jurídica da lesão. 3.3.3. Requisitos e elementos identificadores da lesão. 3.3.4. Efeitos da lesão. 3.4. Caso fortuito ou força maior. 3.4.1. Impossibilidade absoluta ou relativa. Conseqüências. 3.5. Teoria da imprevisão. 3.5.1. A cláusula “rebus sic stantibus” e as teorias revisionistas que se seguiram. 3.5.2. Fundamentos para aplicação da teoria da imprevisão. 3.5.3. Pressupostos para aplicação da teoria da imprevisão 3.5.3.1. Imprevisibilidade do fato superveniente. 3.5.3.2. Ausência de fato imputável ao beneficiário. 3.5.3.3. Fato fora da álea normal. 3.5.3.4. Onerosidade excessiva. 3.5.4. Efeitos da aplicação da teoria da imprevisão. 3.6. Teoria da base do negócio. 3.6.1. Origem e evolução. 3.6.2. Fundamentação jurídica da doutrina. 3.6.3. Situações de quebra da base do negócio. 3.6.4. Efeitos da aplicação da teoria da base do negócio.*

#### **1. A revisão contratual e a segurança jurídica**

Em sua obra “*Segurança Jurídica e Jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico*”, Carlos Aurélio Mota de Souza assinala que a segurança como valor vem indicada desde o Preâmbulo da Constituição Federal, quando esta se refere à instituição de um Estado democrático destinado a “...assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”.

E, enfatizando a idéia, salienta que a segurança é “um valor necessário para a atuação dos valores que o ordenamento jurídico pretenda realizar, em maior ou menor grau”, até porque “a vida do homem em sociedade exige regras conhecidas para que possa

se conduzir retamente, de forma tal que tenha sua dignidade pessoal respeitada e possa respeitar a dos semelhantes”<sup>1</sup>.

O contrato liga-se ao direito de propriedade e serve à circulação de riquezas, com evidentes repercussões econômicas e sociais, donde precisa contar com a segurança jurídica outorgada pelo Estado.

Sem o respaldo da segurança jurídica na contratação dos negócios jurídicos, anula-se o próprio princípio da legalidade, criando-se verdadeiras armadilhas, na vida contratual. Isto porque, admitida a instabilidade do vínculo produzido pelo contrato, não teria o contratante conhecimento prévio e reflexivo das conseqüências de seu negócio, daí surgindo um clima de incerteza e intranqüilidade, correspondente a um quadro de profundo antagonismo com a dinâmica constitucional. ‘E com o comprometimento da tranqüilidade espiritual, vivencia-se a eliminação da garantia de planejamento à luz de razoável conjuntura de previsibilidade, ensejando crescente desconfiança, desencadeadora de estado permanente de desânimo e decepção, sobrevindo, então, o descaso quanto ao esclarecimento dos direitos e obrigações e quanto à demonstração concreta de seu respeito e do engajamento para a sua efetiva realização’.<sup>2</sup>

Evidente, porém, que garantia de segurança jurídica não significa garantia de imutabilidade absoluta de um estado de coisas. A tutela jurídica da vontade contratual tem por fundamento uma avaliação do seu conteúdo, do ponto de vista da utilidade social.

A utilidade social da obrigação está, todavia, em ser ela um organismo dinâmico, destinado a conduzir a um resultado prático definitivo, cuja importância reside somente nessa virtualidade. O ordenamento jurídico sanciona a obrigação como *meio* para se atingir um escopo e só enquanto é tal. Em outras palavras, reconhece e consagra a vontade que visa a constituir uma obrigação como meio idôneo para se atingir um resultado concreto. Se o meio falha, se o cumprimento da obrigação não conduz ao resultado visado, ou só conduz a resultado diverso do que normalmente deveria ser atingido, a própria razão de tutela jurídica autoriza a sua eliminação, porque a prestação deixa de corresponder à entidade econômica representada e, portanto, à *vontade marginal*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. Um enfoque filosófico-jurídico, p. 83-84.

<sup>2</sup> THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor...*, p. 14.

<sup>3</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato...*, p. 215-216.

Demais, a possibilidade de revisão dos contratos, diante de situações excepcionais que venham a surgir na fase de execução, nem é fato que compromete a segurança jurídica dos negócios, que exige a sua vez a estabilidade dos contratos. Ao contrário, segundo lição de Jean Carbonnier, “ (...) os negócios poderiam ganhar em segurança se as partes estivessem certas de conseguir uma equitativa revisão do contrato no caso de uma alteração realmente imprevisível, como o prova a generalização atual das cláusulas de revisão ou de escala móvel, através das quais os meios comerciais tratam de procurar uma maior segurança”.<sup>4</sup>

O que traduz insegurança, portanto, não é propriamente a possibilidade de revisão excepcional do contrato, para restabelecimento do seu equilíbrio, mas sim a quebra do princípio da comutatividade que lhe serve de base. Os contratos onerosos assentam-se na troca de vantagens patrimoniais e normalmente se realizam no pressuposto da equivalência de prestações. A destruição dessa equivalência torna-se influência perturbadora das situações contratuais, posto que estas deixam de oferecer a segurança esperada e desejada, comprometendo a confiança que deve imperar no comércio jurídico.

Enfim, conforme a advertência de Luis Díez-Picazo, “(...) é claro que a ‘segurança’ não reclama a quietude da ordem jurídica (...). A segurança é uma ‘certeza do futuro’, e, enquanto tal, expressa um impossível. Por isto, já que não há uma ‘certeza’ do futuro jurídico, que exigiria uma espécie de dom de profecia, sob a idéia de segurança se expressa a aspiração à razoável previsibilidade de alguns resultados”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual, tomo II, vol. II, p. 535: “(...) los negocios podrían ganar en seguridad si las partes estuviesen ciertas de conseguir una equitativa revisión del contrato en el caso de una alteración realmente imprevisible, como lo prueba la generalización actual de las cláusulas de revisión o de escala móvel, a cuyo través los medios comerciales tratan de procurarse una mayor seguridad”.

<sup>5</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, p. 299: “(...) es claro que la ‘seguridad’ no reclama la quietud del orden jurídico (...) “La seguridad es una ‘certidumbre del futuro’, y, en cuanto tal, expresa un imposible. Por ello, ya que no una ‘certidumbre’ del futuro jurídico, que exigiria una especie de don de profecía, bajo la idea de seguridad se expresa la aspiración a la razonable previsibilidad de unos resultados”.

## 2. O fundamento do direito à revisão

É comum no mundo jurídico a celebração de contratos que não se destinam a produzir efeitos de imediato, ou que se traduzem numa série de prestações que se prolongam no tempo. Pode suceder, porém, que fatos posteriores à contratação, imprevisíveis nessa data, venham alterar profundamente as circunstâncias em que as partes se basearam, comprometendo a economia e o equilíbrio do contrato, de modo a inviabilizar o seu cumprimento, pena de levar uma das partes à ruína, dada a excessiva onerosidade de sua prestação.

Ora, o contrato tem uma finalidade social; não pode ser meio de aniquilamento econômico. “Por certo, em todo contrato há uma certa dose de álea, mas tudo tem o seu máximo e o seu mínimo, e a previsão do homem médio se faz dentro desses limites. A rigidez do *pacta sunt servanda* conduziria a situações da mais flagrante injustiça”<sup>6</sup>.

Em tais situações, segundo Carbonnier, “revisar a convenção equivale a dar-lhe a única oportunidade de que se cumpra, e sabido é que o interesse econômico do país está mais vinculado, pelo geral, ao cumprimento do que ao incumprimento dos contratos”<sup>7</sup>.

O fundamento da revisão, acima da regra jurídica, diz Georges Ripert: “Repousa com efeito, sobre a idéia moral de que o credor comete uma suprema injustiça, usando do seu direito o maior rigor. Ergue contra a pretensão do credor a regra protetora do devedor injustamente lesado pela sorte. Não nega que a lesão tenha sido voluntária, recusa aceitar essa vontade imoral”<sup>8</sup>.

De fato, é inadmissível a atuação de uma parte que procura tirar do contrato todas as vantagens que ele comporta, se isto redundaria em enriquecimento injusto, posto que mero fruto do acaso, enquanto para a outra parte é fonte de ruína. “O abuso começa no momento em que o desequilíbrio das prestações é tal que o contratante não podia

---

<sup>6</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato...*, p. 218.

<sup>7</sup> CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil...*, p. 535: “revisar la convención equivale a darle la única oportunidad de que se cumpla, y sabido es que el interés económico del país está más vinculado, por lo general, al cumplimiento que al incumplimiento de los contratos”.

<sup>8</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 163.

normalmente prever que ia tirar do contrato tal vantagem”<sup>9</sup>. Ou nas palavras de Arnaldo Medeiros da Fonseca: “(...) não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento; mas a superveniência imprevista. E se é legítimo assegurar coativamente a execução de um direito convencionado, constituirá talvez uma suprema injustiça permitir que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas, à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante”<sup>10</sup>.

No direito brasileiro, a teoria revisionista dos contratos não era expressamente regulada no Código Civil de 1916, porém de forma esporádica em legislações esparsas. Isso, entretanto, não impedia o seu acolhimento, a partir da interpretação do art. 85 do referido diploma, que ordenava se considerassem nas declarações de vontade mais “à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Com isto, o respeito a esta vontade importava “em afastarem-se as circunstâncias excessivamente onerosas que podem romper a comutatividade do pacto”<sup>11</sup>.

J. M. Othon Sidou relata que, no nosso direito, “a teoria revisionista teve o batismo judiciário em 1930, com a sentença do então Juiz Nelson Hungria, quem, corajosamente, reconheceu e admitiu a interrupção contratual por motivo superveniente”, entendendo:

É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido mesmo admitida com um corolário da teoria do erro contratual.”

“Considera-se como já viciada, ao tempo em que o vínculo se contrai, a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar ser falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da pré-ciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diferentes.”<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 164.

<sup>10</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, p. 243.

<sup>11</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 151.

<sup>12</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Resolução Judicial dos Contratos...*, p. 88.

Já o Código Civil de 2002 preocupou-se com a situação decorrente da onerosidade excessiva, assim dispendo:

*“Art. 478 Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que decretar a resolução retroagirão à data da citação.*

*Art. 479 A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.*

*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.”*

A seu turno, dentro da preocupação protetiva que lhe é inerente, o Código de Defesa do Consumidor trouxe expresso o **direito de revisão** do contrato sempre que houver adoção de práticas ou cláusulas abusivas pelo fornecedor, estipulação de prestações desproporcionais ou ocorrer a superveniência de fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas para o consumidor. Vale, neste sentido, lembrar o disposto no art. 6º do referido Código:

*“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*

*(...)*

*V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”*

Assim, no campo das relações de consumo, fatos que venham a desequilibrar o contrato, trazendo excessiva onerosidade ao consumidor, autorizam a revisão do que foi primitivamente ajustado, de modo a se restabelecer a igualdade na contratação, o que também é direito básico do consumidor (art. 6º, II, CDC).

### 3. Situações que podem autorizar a revisão contratual

A revisão pode ser decorrente de causas concomitantes à formação do contrato ou de causas a ele supervenientes.

Entre as contemporâneas ou concomitantes à formação do contrato estão aquelas consubstanciadas na estipulação de cláusulas abusivas ou de prestações desproporcionais, visto que tais condutas contaminam a avença desde o seu nascimento. Ou como diz João Batista de Almeida: “O contrato já traz em seu conteúdo o germe que pode determinar a modificação por ordem judicial”<sup>13</sup>.

De outro lado, causas supervenientes, como o próprio nome indica, são aquelas ligadas a acontecimentos posteriores à celebração do contrato. São fatos fora das estipulações contratuais, mas que interferem de forma tão intensa no contrato que inviabilizam seu cumprimento, porque tornam excessivamente onerosa a prestação ou até mesmo inútil a manutenção do contratado.

Tanto uma como outra dessas situações ensejam o direito à revisão dos contratos, ou a própria resolução destes, se for impossível restabelecer o equilíbrio contratual (art. 51, § 2º, CDC). Consoante leciona Nelson Nery Jr., em atenção ao *princípio da conservação do contrato*, a análise do caso deve ser feita “de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo”.<sup>14</sup>

Em suma, a revisão buscará, acima de tudo, a conservação ou a manutenção do contrato, apenas eliminando-se dele as cláusulas ou partes abusivas, tal como se verá a seguir.

---

<sup>13</sup> ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, p. 161.

<sup>14</sup> NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 535.

### 3.1 Abuso do direito

A teoria do abuso do direito remonta a eras longínquas, constando tenha sido posta em prática já no direito romano, com a proibição da *aemulatio*, circunscrita às questões relativas ao uso das águas. O direito medieval nada mais fez do que estender a doutrina dos atos emulativos às relações de vizinhança. Na sua forma atual, entretanto, a teoria do abuso do direito só surgiu a partir do contexto histórico-social do liberalismo capitalista, na segunda metade do século XIX, fruto da jurisprudência francesa, que fez dela as mais importantes aplicações no direito das coisas, das obrigações, da família etc. Através das hipóteses concretas que lhes foram sendo submetidas, os tribunais franceses recorreram, umas vezes, à idéia dos limites do próprio direito exercido, outras vezes à intenção de prejudicar com que o exercício do direito era efetuado.

O pensamento orientado para a idéia do social foi, portanto, preponderante para fazer a teoria frutificar. Se antes cada qual vivia isolado nos seus direitos e nas suas obrigações, as incessantes transformações econômicas e sociais geraram a necessidade de conciliar os direitos subjetivos com os interesses superiores da comunidade.

Como bem assentou Pedro Baptista Martins :

O direito tem, incontestavelmente, uma destinação social. (...) Poder de ação, o direito não é conferido ao indivíduo como instrumento de gozo ou de satisfação de apetites, para que possa extrair dele utilidades puramente egoísticas, à custa dos superiores interesses da coletividade. As prerrogativas individuais estão condicionadas a um fim – que é a harmonia social. E para que esta se torne possível, é necessário que se procure assegurar a coexistência dos interesses, removendo-se ou atenuando-se os conflitos. Desde que o exercício do direito se realize em desconformidade com essa destinação, de maneira perturbadora do equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, que se enfrentam nas relações sociais, é claro que o ato deixa de ser lícito para ser reprovável.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, p. 171.

### 3.1.1 A expressão “abuso do direito”

A teoria do abuso do direito tem ensejado incessantes discussões na doutrina, ora para sustentá-la, ora para combatê-la. Uma das mais célebres objeções foi feita por Marcel Planiol, que via na expressão uma “logomaquia”, uma mera “luta de palavras”, pois para ele o direito cessa onde o abuso começa. E assim não pode haver uso abusivo de um direito, porque um ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito.

Léon Duguit foi ainda mais longe, na medida em que negava o próprio conceito de direito subjetivo, entendendo que o direito na verdade é só um meio posto à disposição do homem para que possa se desincumbir de seus deveres. Por conseguinte, praticar um ato cujo fim é ilícito significa apenas violar o direito objetivo. Daí, a seu ver, não caberia falar em abuso do direito, pois evidentemente não se pode abusar daquilo que não existe.

No entanto, respeitadas as autoridades dos ilustres mestres, tais teorias não resolvem o problema do ato abusivo. “Entre o permitido e o proibido pelo direito objetivo há uma zona intermediária onde se situa aqueles atos, resolvendo-se a questão pelo prisma puramente social ou filosófico. Mudam-se as palavras – direito subjetivo/situação jurídica –, porém a realidade permanece a mesma”.<sup>16</sup>

Mais acertada, assim, parece ser a teoria que reconhece a figura do abuso do direito. O termo “direito” tem acepções distintas: a de juridicidade e a de prerrogativa determinada. “Dessa forma, o ato pode ser conforme ao direito conferido ao titular e contrário ao direito considerado como corpo de regras sociais obrigatórias. Por esta razão, precisamente, prefere-se a terminologia abuso *do* direito e não *de* direito”.<sup>17</sup>

### 3.1.2 A consagração legal da figura do abuso do direito

Para valer, o abuso de direito não precisa de qualquer prescrição positiva, pois trata-se de um princípio normativo. E os princípios normativos, como expressões que são da própria idéia de Direito, consagram postulados axiológico-normativos do direito positivo, de maneira que não têm de ser traduzidos em lei para vigorarem.

Mas é inegável a conveniência de a lei prever o abuso de direito, afastando assim as dúvidas quanto à sua aplicabilidade. E neste sentido tem sido nas diversas legislações, como longamente discorre Fernando Augusto Cunha de Sá, em sua detalhada obra<sup>18</sup>, ou então, entre nós, José da Silva Pacheco, fazendo considerações à guisa de atualização da obra de Pedro Baptista Martins.<sup>19</sup>

Os Códigos Civis estrangeiros não apresentam grandes variações no enfoque do abuso de direito, como se pode ver dos exemplos seguintes: o B. G. B. Alemão, de 1896, dispõe no seu § 226º: “O exercício de um direito é ilícito se tem por único fim causar um prejuízo a outrem”; o Código Civil Suíço, de 1907, após estipular no § 1º do art. 2º que “cada um é obrigado a exercer os seus direitos e a executar as suas obrigações segundo as regras da boa fé”, diz no § 2º: “O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei”; o Código Civil Argentino, com a reforma de 1968, o art. 1.071 dispõe: “O exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento abusivo de uma obrigação não pode constituir como ilícito nenhum ato. A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Se considerará tal o que contrarie os fins que aquela teve em mira ao reconhecê-los ou ao que exceda os limites impostos pela boa fé, a moral e os bons costumes”; o Código Civil Espanhol, com a reforma de 1974, dispõe em seu art. 7.2: “A lei não ampara o abuso do direito ou o exercício anti-social do mesmo. Todo ato ou omissão que, pela intenção do seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realize ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência no abuso”; o Código Civil Português, de 1966, dispõe em seu art. 334: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”; etc.

Em alguns países, como por exemplo a Itália, o Código Civil não adota uma forma genérica, mas contempla o abuso de direito especificamente, em vários de seus dispositivos (arts. 1.015, 1.175, 1.438 etc.).

---

<sup>16</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*, p. 42.

<sup>17</sup> CARPENA, H. *Obra citada*, p. 44-45.

<sup>18</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*, p. 51 a 86.

<sup>19</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, p. XIII a XXIX.

Como se vê, o que se procura é dar ênfase ao *fim* para o qual, ou em vista do qual, os direitos são concedidos; ou à *função, motivo justo, justa causa, boa-fé, bons costumes*, como critérios para valoração dos comportamentos.

No Brasil, o Código Civil de 1916 adotou regra indireta, na medida em que estabeleceu a proibição dos atos anormais ou irregulares, dizendo:

*“Art. 160. Não constituem atos ilícitos:*

*I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*

*II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520).*

*Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”*

Conquanto situado no Título “Dos Atos Ilícitos”, consoante adverte Pedro Baptista Martins, o ato abusivo, ante a doutrina do Código Civil brasileiro (1916), “não se identifica com o ato ilícito, considerada essa expressão no seu sentido tradicional, porque ele não constitui nem um delito nem um quase delito”.<sup>20</sup>

Ele será ilícito, se por ilícito se estende também o ato praticado no exercício anormal de um direito, de modo a gerar, para terceiros, danos mais extensos que as vantagens que o seu titular poderia auferir, estabelecendo, assim, um grave desequilíbrio entre os interesses em presença<sup>21</sup>.

De tal modo, segundo o referido jurista, mais correto afirmar a posição autônoma do ato abusivo de direito, posto que: “É uma peculiaridade do ato abusivo, ser, a um tempo, lícito e ilícito”. Ou em outras palavras: “Sendo um ato realizado no exercício de um direito, ele é lícito na sua morfologia, mas não o é na sua gênese. Chironi observa no

---

<sup>20</sup> MARTINS, P. B. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, p. 164.

fenômeno do abuso de direito dois fatores distintos. Um deles, o exercício material, do direito, é lícito; o outro, o mau uso do direito, ilícito”<sup>22</sup>.

Mas o nosso Código Civil de 2002 inovou, reconhecendo expressamente a ilicitude de atos tais, ao dispor:

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

No campo das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11.9.90, traz inúmeras disposições vedando as práticas ou cláusulas abusivas, que no mais das vezes são apenas modalidades de abuso do direito.

Sobre o abuso de direito, referiu-se ainda expressamente no art. 28, cujo teor é o seguinte:

*“Art. 28 O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”* (grifei).

### **3.1.3 Abuso do direito e sua distinção de outros institutos afins**

Convém distinguir o abuso do direito de outras figuras jurídicas que lhe são afins, mas que geram efeitos ou são sancionadas de forma diversa.

Assim, conquanto a proximidade entre os institutos, o abuso do direito não se confunde com o *desvio de poder*. “Com efeito, o desvio de poder é um típico vício do ato administrativo praticado no exercício de poderes discricionários, enquanto que o abuso de

---

<sup>21</sup> MARTINS, P. B. *Obra citada*, p. 164.

<sup>22</sup> MARTINS, P. B. *Obra citada*, p. 162.

direito se liga histórico-geneticamente aos direitos subjetivos, tendo ganho um lugar próprio no chamado direito privado”.<sup>23</sup>

Fernando Augusto Cunha de Sá, lembrando ensinamento de Josserand, diz que a aproximação dos institutos deriva da “mesma fundamental idéia de que as nossas prerrogativas, ‘quer sejam de ordem privada, quer de ordem pública’, obedecem ao seu próprio valor social e devem ser exercidas em conformidade com o fim a que respondem”.

<sup>24</sup> Assim, a única particularidade entre eles diria respeito ao setor funcional em que se verificaria o desvio, isto é, conforme o direito desviado estivesse ligado à função pública ou, antes, à função privada.

O abuso de direito também não se confunde com o *conflito* ou a *colisão de direitos*. Serve aqui a explicação de Cunha de Sá:

Na realidade, quem abusa do direito próprio só formalmente exerce o seu direito, só na aparência finge um direito que, afinal, foi ultrapassado no seu fundamento axiológico pelo concreto comportamento do sujeito; ora, esta carência de direito, que só externamente se encobre na forma de um certo e determinado direito subjetivo e que se nos foi revelando como a essência do ato abusivo, não pode logicamente, em boa verdade, ser encontrada na colisão de direitos – e isto sob pena de termos de vir a negar esta figura.<sup>25</sup>

Menos ainda o abuso de direito pode ser confundido com a *fraude à lei*. Pedro Baptista Martins tece em seu estudo vários argumentos e ponderações. E de tudo conclui:

O que da explanação se depreende é que, consistindo o ato abusivo no exercício anormal de um direito, o ato indireto dele se destaca nitidamente por ser uma verdadeira violação da lei, isto é, do fim prático cuja realização ela proíbe. O ato abusivo atenta diretamente contra o espírito da lei, desviando-a de sua finalidade econômica ou social, ao passo que o ato convencido de fraude só indiretamente realiza esse atentado. Aquele que age em fraude à lei, pondera com razão Desbois, procura uma engenhosa e às vezes complicada combinação de meios, para atingir, por vias oblíquas, o fim proibido pelo legislador. O que abusa de seu direito, ao contrário, não recorre a expedientes nem a dissimulações. Vai diretamente ao fim visado, não se atendo à

---

<sup>23</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de Direito*, p. 80.

<sup>24</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*, p. 537.

<sup>25</sup> SÁ, F. A.C. *Obra citada*, p. 528.

preocupação de contornar os obstáculos que lhe opõem os interesses de terceiros”.<sup>26</sup>

Além do mais, distinguem-se também as conseqüências lesivas. “Nos atos indiretos, a lei é que sofre uma violação, em virtude da realização de atos proibidos, enquanto que, no abuso do direito, não é a lei, mas o interesse de terceiro, que sofre os efeitos lesivos do ato realizado”.<sup>27</sup>

### 3.1.4 Sanção do abuso do direito

No campo penal, vigoram os princípios da reserva legal e da anterioridade, segundo os quais: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*” (art. 1º, Código Penal). Logo, o ato abusivo só poderá ensejar responsabilidade penal, se incorrer em tipicidade, o que é pouco provável, “pois só se revela pela sua disformidade valorativa em relação à prerrogativa exercida e não pela sua contraditoriedade a específicas obrigações normativas”<sup>28</sup>.

No âmbito da responsabilidade civil, o ato abusivo dará lugar a efeitos semelhantes àqueles do ato ilícito, posto que ambos se enquadram na categoria geral da antijuridicidade. No entanto, como a responsabilidade deve estar em correspondência com a atuação abusiva, a sanção desta é variável e só pode ser determinada caso a caso.

Assim, umas vezes haverá lugar à reparação natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso do direito e nem sequer ela será forçosamente afastada pela natureza não patrimonial do dano causado pelo ato abusivo; outras vezes, será apenas admissível a indenização pecuniária, quer na forma de uma certa quantia em dinheiro, quer na de renda.

Mas, para além da responsabilidade civil ou até a ela cumulada, poderá descobrir-se toda uma infinda gama de sanções que, essas sim, impedirão que o titular do direito abusivamente exercido obtenha ou conserve as vantagens que obteve com a prática do ato abusivo e o farão reentrar, em última análise, no exercício legítimo do direito; desde a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade, ou a rescindibilidade do ato ou negócio jurídico quando seja na sua prática que o abuso se verifique, até ao restabelecimento da verdade ou da realidade dos atos com ele conexados, aceitando, por exemplo, a sua validade não obstante a falta

---

<sup>26</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, p. 122.

<sup>27</sup> MARTINS, P. B. *Obra citada*, p. 122.

<sup>28</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*, p.635.

da forma exigida, concedendo a *exceptio doli generalis* ou *specialis*, recusando a ação de anulação ou mantendo em vigor a relação.<sup>29</sup>

### 3.2 Cláusulas abusivas

Há quem entenda que as cláusulas abusivas seriam uma “especialização” do fenômeno do abuso do direito ou, no mínimo, neste teriam “inspiração próxima”.<sup>30</sup>

No entanto, embora os institutos tenham pontos em comum, eles não se confundem.

O impedimento para essa relação está no pressuposto que vincula o abuso à figura do direito subjetivo. Já se disse que aquele se relaciona com este, pressupondo-o. Só se abusa de um direito, ainda que, paradoxalmente com isto a juridicidade reste prejudicada. Nas cláusulas abusivas é difícil vislumbrar-se, mesmo formalmente, o uso de um direito. Por exemplo, há um direito de ação do qual se pode extrapolar por uma utilização irregular, mas não há um direito prévio de clausular unilateralmente um contrato desde que se apoderou do direito moderno a nova visão de autonomia privada. Na verdade, a redação de cláusulas abusivas expressa o chamado abuso de poder econômico, um dado pré-jurídico, verdadeiro abuso de fato, sem revestimento formal de direito.<sup>31</sup>

Realmente, não mais se concebe o contrato pelo qual somente uma das partes assume deveres e submete-se à outra. Para cumprir sua função social, o contrato deve ser um instrumento de cooperação, de interdependência, onde ambas as partes auferem vantagens e devem prestações; onde ambas as partes podem ter expectativas de ver realizados seus legítimos interesses.

Abusiva será assim qualquer estipulação que atente contra sua função, ou que resulte do uso excessivo, irregular, causador de lesão ao exercício do direito, enfim, que se desvie das finalidades sociais e morais do contrato.

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do

---

<sup>29</sup> SÁ, F. A. C. *Obra citada*, p. 647-648.

<sup>30</sup> Sobre o tema: GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas Abusivas*, p. 12-13.

<sup>31</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 49.

objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (*Machtposition*).<sup>32</sup>

As cláusulas abusivas geralmente se situam em contratos de adesão ou com cláusulas gerais de contratação. Mas também podem ocorrer em outros contratos, sem estas características, inclusive naqueles fora do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor. Daí, como dizem os Stiglitz: “Nos domínios da contratação, o conflito da justiça com o abuso, se deve desenvolver em todos os terrenos.”<sup>33</sup>

### 3.2.1 Conceito

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor não definiu o instituto das cláusulas abusivas. Unicamente enunciou hipóteses de cláusulas abusivas, em elenco exemplificativo, no art. 51 e incisos.

Mas as diversas referências e conceitos existentes na lei permitem uma perfeita noção do que se quis dizer com a expressão “cláusula abusiva”. São exemplos: “*obrigações consideradas iníquas*” (art. 51, IV); “*que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada*” (idem); “*ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*” (idem); “*ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual*” (idem, § 1º, II); “*excessivamente onerosa para o consumidor*” (idem, § 1º, III); “*decorrer ônus excessivo a qualquer das partes*” (idem, § 2º); etc.

Daí, a partir dos balizadores concretos dados pelo legislador, não foi difícil à doutrina e à jurisprudência construir o conceito básico seguinte: “cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, causando um desequilíbrio contratual entre as partes, ferindo a boa-fé e a equidade”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 14 8.

<sup>33</sup> STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén. *Derechos Y Defensa del Consumidor*, p. 232: “En los dominios de la contratación, el conflicto de la justicia con el abuso, se debe desenvolver en todos los terrenos”.

<sup>34</sup> GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas Abusivas*, p. 12.

Ou em outras palavras: “todas as cláusulas abusivas apresentam como características ou pontos em comum justamente o seu *fim*, que seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detêm posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e seu *efeito*, que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor”.<sup>35</sup>

Enfim e como bem sintetiza Arruda Alvim, “as cláusulas abusivas configuram e representam aquilo que o consumidor não podia querer por obra de sua própria vontade individual”.<sup>36</sup>

### 3.2.2 Critérios de identificação

As cláusulas abusivas também são denominadas, indistintamente, cláusulas leoninas, cláusulas onerosas, cláusulas gravosas, cláusulas restritivas, cláusulas draconianas, cláusulas vexatórias, cláusulas excessivas etc.

Para o seu reconhecimento, o Código de Defesa do Consumidor oferece dois critérios básicos: o formal e o material.

O critério *formal* se assenta basicamente nos artigos 46 e 54, §§ 3º e 4º do Código. O art. 46 exige que seja dada ao consumidor oportunidade de “*tomar conhecimento prévio*” do conteúdo do contrato. E, por outro lado, o art. 54 determina que os contratos sejam “*redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a compreensão pelo consumidor*” (§ 3º), e, ainda, que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor “*deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua fácil compreensão*”. Se tais exigências não forem cumpridas, perpetrar-se-á abuso e o contrato poderá não obrigar o aderente.

E o critério *material* vem inserto no art. 51, que fixou o conteúdo das cláusulas que não poderão figurar num contrato de consumo. A proibição é absoluta, donde o abuso decorre do simples fato da inclusão de qualquer daquelas cláusulas. Não se cogita do

---

<sup>35</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 774.

<sup>36</sup> ARRUDA ALVIM. Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro. In: *Revista de Direito do*

conhecimento ou da anuência das partes, nem muito menos da intenção destas, pois basta a abusividade potencial das referidas cláusulas.

Importante lembrar que não se pode definir a cláusula abusiva como cláusula ilícita, porque nesta não há exercício de um direito subjetivo; aliás, não existe nenhum direito. Já naquela existe um direito subjetivo, que é utilizado no intuito de favorecer uma das partes, provocando um desequilíbrio contratual. “Portanto, a cláusula abusiva não é ilícita em sua essência: o abuso decorre do contexto, ou seja, quando ela não se origina do acordo de vontades, mas da predisposição unilateral”.<sup>37</sup>

Conseqüentemente, a identificação ou o reconhecimento da abusividade das cláusulas exige extrema perspicácia da parte do intérprete, cuja atividade deve tomar em conta o contrato como um todo e não apenas a leitura isolada de uma cláusula. Neste sentido, aliás, é a recomendação da Diretiva 13, de 05.04.93, editada pelo Conselho das Comunidades Européias, que assim dispõe:

“Art. 4º.

*1. Sem prejuízo do artigo 7º, o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que dependa.*

*2. A avaliação do caráter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível.”*

Enfim, no direito comparado e na exegese do Estatuto Consumerista Brasileiro, a tendência pós-moderna é a conexão da abusividade das cláusulas contratuais a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva; observando mais o seu efeito, seu resultado e não tanto reprimir uma atuação maliciosa, subjetiva. “Esta é a melhor solução em uma sociedade de relações massificadas, na qual não se pode conceber que uma cláusula seja abusiva porque utilizada por um grande conglomerado econômico, e

---

*Consumidor*, v. 20, p. 25-69, out./dez 1996.

<sup>37</sup> GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas Abusivas*, p. 16.

não-abusiva, a mesma cláusula, se utilizada por uma microempresa, em contratos celebrados com um mesmo consumidor”<sup>38</sup>.

### 3.2.3 Espécies de cláusulas abusivas

Cláudia Lima Marques expõe que a lei alemã de 1976 sobre as cláusulas contratuais inaugurou uma nova técnica legislativa em matéria de combate às cláusulas abusivas.

A norma alemã prevê duas listas de cláusulas, uma de cláusulas sempre consideradas ineficazes (a chamada *lista negra* do § 309 do BGB-Reformado, antigo § 11 da AGBG) e a outra, com cláusulas que podem, a critério do juiz, ser consideradas ineficazes (*lista cinza* do § 308 do BGB-Reformado, antigo § 10 da AGBG). Para englobar os casos não previstos expressamente nas listas, traz o § 307 do BGB-Reformado (que incorporou o antigo § 9º da lei alemã de 1976) uma *cláusula geral* de proibição de cláusulas contrárias à boa-fé e que criem uma vantagem exagerada.<sup>39</sup>

No Brasil, preferiu-se apenas uma lista de cláusulas abusivas, incluindo-se nela a norma geral de proibição de cláusulas contrárias à boa-fé. Essa lista é a do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor é o seguinte:

*“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

*I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;*

*II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;*

*III – transfiram responsabilidades a terceiros;*

*IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

*V – (vetado)*

<sup>38</sup> BONATTO, Cláudio. *Cláusulas Abusivas...*, p. 35-36.

<sup>39</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 779.

*VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;*

*VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;*

*VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;*

*IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;*

*X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;*

*XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;*

*XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;*

*XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração.*

*XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;*

*XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;*

*XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.*

*§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:*

*I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*

*II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;*

*III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*

*§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.*

*§ 3º (vetado)*

*§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”*

Este elenco é apenas exemplificativo, confirmando isto a expressão “*entre outras*”, contida no *caput* do art. 51, bem como o Regulamento do Código de Defesa do Consumidor (Decreto n.º 2.181, de 20.03.97), cujo art. 56 assim dispõe:

*“Art. 56. Na forma do art. 51 da Lei n. 8.078, de 1990, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a Secretaria de Direito Econômico divulgará, anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 deste Decreto.*

*§ 1º Na elaboração do elenco referido no caput e posteriores inclusões, a consideração sobre a abusividade de cláusulas contratuais se dará de forma genérica e abstrata.*

*§ 2º O elenco de cláusulas consideradas abusivas tem natureza meramente exemplificativa, não impedindo que outras, também, possam vir a ser assim consideradas pelos órgãos de Administração Pública incumbidos da defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e legislação correlata.*

*§ 3º A apreciação sobre a abusividade de cláusulas contratuais, para fins de sua inclusão no elenco a que se refere o caput deste artigo, se dará de ofício ou por provocação dos legitimados referidos no art. 82 da Lei n.º 8.078, de 1990.”*

De fato, em cumprimento à disposição acima, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça baixou as Portarias n.º 4, de 13.3.98, n.º 3, de 19.3.99, e n.º 3, de 22.2.2001, especificando outras cláusulas consideradas abusivas, bem como notas explicativas a respeito.

Separando-se a *cláusula geral da boa-fé*, prevista no inciso IV, e a *cláusula violadora de normas ambientais*, prevista no inciso XIV, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, parte da doutrina<sup>40</sup> tem dividido a lista de cláusulas proibidas em três grandes grupos: a) *cláusulas que limitam direitos do consumidor* (incisos I, II, III, VI, XV e XVI); b) *cláusulas criadoras de vantagens unilaterais ao fornecedor* (incisos IX, X, XI, XII e XIII) ; e c) *cláusulas surpresa* (incisos V, VII, VIII).

Estes grupos, bastante abrangentes, permitem o enquadramento de outras situações não previstas, mas que possam traduzir limitação de direitos ou desequilíbrio

---

<sup>40</sup> P. ex.: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 787-790; BONATTO, Cláudio. *Cláusulas Abusivas...*,

entre os direitos e obrigações, em detrimento do consumidor, “possibilitando, assim, a redução dos negócios de consumo a limites compatíveis com as posições das partes e ao respeito que a pessoa merece nas interações com os agentes do mundo negocial”.<sup>41</sup>

### 3.2.4 Nulidade das cláusulas abusivas

A respeito das nulidades das cláusulas abusivas, Nelson Nery Júnior afirma:

As nulidades têm sistema próprio dentro do Código de Defesa do Consumidor. Não são inteiramente aplicáveis às relações de consumo as normas sobre nulidades inscritas no Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil ou outras leis extravagantes. Mesmo porque os sistemas de nulidade não são uniformes, variando de acordo com a peculiaridade de cada ramo da ciência do Direito.<sup>42</sup>

Em se tratando de cláusulas abusivas, o *caput* do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que *são nulas de pleno direito*, portanto nulidade absoluta, certamente porque aquelas ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor.

Conseqüentemente, “tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalidam pela passagem do tempo, nem pelo fato de não serem alegadas pelo interessado; podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, dispensando arguição da parte; não são supráveis e não produzem qualquer efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação”.<sup>43</sup>

Por outro lado, é de ser visto que o art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor adota o princípio da conservação do contrato, estabelecendo que: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

---

p. 47-106.

<sup>41</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*, p. 67.

<sup>42</sup> NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 503.

<sup>43</sup> ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, p. 140-141.

Tal regra segue a linha do art. 153 do Código Civil, que se inspira na máxima *utile per inutile non vitiatur*, pela qual dá-se o aproveitamento da parte útil restante do contrato.

A retirada da cláusula abusiva certamente deixará uma lacuna no negócio jurídico, cabendo ao juiz colmatá-la, mediante processo de integração, recorrendo para tanto a normas supletivas ou dispositivas do ordenamento legal.

O poder de revisão, porém, impede a incidência do princípio da convertibilidade, eis que o juiz amoldará o negócio ao suporte fático primitivo e não passará para outro que exija menos elementos, coincidentes com os que sobraram no outro, retirada a parte nula. A dicção do CDC também é neste caminho ao determinar a contaminação total apenas quando, “... *apesar dos esforços de integração*”, a falta da cláusula colocar uma das partes em situação excessivamente onerosa.

Deverá o julgador, ao afastar uma cláusula, integrar o contrato de modo que se possa dar execução ao mesmo. Sabe-se que todo o contrato tem uma finalidade que polariza o vínculo e autoriza o desenvolvimento de processos interpretativos que busquem alcançar esta finalidade. O caminho específico para a revisão, no caso presente, se dará, portanto, na via da interpretação. Visto que a lei interditou a manifestação da vontade de uma das partes por considerá-la abusiva, há que se procurar ajustar o negócio jurídico ponderando a duplicidade de vontades. Este o papel que a hermenêutica deve desempenhar a esta forma de revisar o contrato atingido pela supressão de cláusulas abusivas. O juiz deverá integrá-lo, suprimindo a lacuna existente e, caso seja mister, impondo deveres e condutas às partes, minorando obrigações ou majorando-as tudo para permitir a consecução do fim contratual. O juiz revisa o pacto reescrevendo-o e adaptando-o porque teve de amputar a passagem abusiva.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 64.

### 3.3 Lesão enorme

Lesão é o prejuízo que, nos contratos comutativos, um contratante experimenta em razão da falta de equivalência entre o valor que entrega e o que recebe.

O Direito Romano considerava *lesão enorme* quando ocorresse desproporção superior à metade do justo preço e *lesão enormíssima*, quando o vendedor era enganado além dos dois terços do valor da coisa.

Os estudiosos da história da lesão afirmam que o instituto começou a ser desenhado entre os povos antigos, em cujas vidas a norma jurídica e o preceito moral normalmente compunham um todo homogêneo. Wilson de Andrade Brandão narra que na Índia, na Palestina e na Grécia já eram condenados os atos lesivos e, inclusive, cita um preceito hindu que dizia o seguinte: “A venda não aproveitará ao comprador se foi feita por um homem exaltado, por um louco, etc., ou vil preço”.<sup>45</sup>

Como instituto jurídico, a lesão encontrou agasalho no Direito Romano, conforme indicam dois fragmentos do Código de Justiniano, mencionando, respectivamente, duas Constituições de Diocleciano e Maximiliano, que teriam sido baixadas no terceiro século da Era Cristã. “Mas é certo que se poderia prender a uma só, do ano 285, porque a outra, de 294, além de se resumir numa ressalva ou exceção, encaixada no final do rescrito, faz referência à primeira, dando como pressuposto assentado a doutrina já anteriormente firmada”<sup>46</sup>.

Essa Lei Segunda, na tradução de Caio Mário da Silva Pereira dizia o seguinte: “Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é equitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e Contrato no Direito Brasileiro*, p. 16-17.

<sup>46</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*, p. 12.

<sup>47</sup> PEREIRA, C. M. S. *Obra citada*, p. 13.

A sua inspiração veio da doutrina canônica, firme defensora de que, para toda mercadoria e para todo serviço, existe um preço justo, cuja determinação se faz segundo a apreciação comum no meio e no tempo – *communis aestimatio* –, e seria contra os princípios da equidade que não se observasse o *justo preço* ou o *justo salário*. Os papas Alexandre III e Inocêncio III, no fim do undécimo século, incluíram no direito canônico a rescisão da venda por lesão de mais da metade.

Assim, vê-se que “o instituto apresenta-se como filho da equidade, afirmando a regra moral”.<sup>48</sup>

### 3.3.1 Fundamento da lesão

No seu tratado das obrigações, Pothier asseverava:

A equidade deve reinar nas convenções, donde se segue que nos respectivos contratos em que um dos contratantes dá ou faz qualquer coisa para receber em troca qualquer outra coisa como prêmio do que dá ou do que faz, a lesão que sofre um dos contratantes, mesmo quando o outro não tenha recorrido a nenhum artifício para enganar é suficiente só por si, para tornar os contratos viciosos. Porque a equidade em matéria de comércio consiste na igualdade, e desde que a igualdade é ferida e que um dos contratantes dá mais do que recebe, o contrato é vicioso porque infringe a equidade que nele deve reinar.<sup>49</sup>

O fundamento básico da lesão está, portanto, na quebra da comutatividade, na falta da equivalência nas prestações.

Mas é preciso atentar para o fato de que essa igualdade ou equivalência não é, nem pode ser, necessariamente “matemática”. “Há sempre certa *margem de tolerância* para a desproporção entre as prestações, na qual ingressa o **lucro**, pois é incontestável a licitude – e por certo também a moralidade – da elaboração ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço da venda ou revenda”.<sup>50</sup>

Quando se fala em equivalência de prestações, não se deve ver unicamente na igualdade. A equivalência de prestações, que é ideal nos

---

<sup>48</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*, p. 78.

<sup>49</sup> *Obligations*, n.º 33; apud: RIPERT, Georges. *A Regra Moral...*, p. 121.

<sup>50</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 110.

contratos bilaterais, dificilmente será absoluta, uma troca de valores iguais, exatamente equivalentes: trata-se de uma equivalência *relativa*, que admite ser julgada com o critério da **razoabilidade** e em consideração às circunstâncias do caso, das pessoas, do lugar e da época<sup>51</sup>.

Em suma, como bem resume Ripert, “não é a desproporção das prestações que pode fazer cair o contrato, é a revelação feita por essa desproporção de que houve exploração de um dos contratantes num contrato que não assenta sobre a idéia de especulação”<sup>52</sup>.

### 3.3.2 Natureza jurídica da lesão

Silvio Rodrigues enquadra a lesão entre os vícios da vontade, face à “vizinhança” existente, “porque tanto aquela quanto estes propiciam a possibilidade de desfazer negócios jurídicos efetuados entre maiores” e ainda porque, “fundando-se a lesão na idéia de responsabilidade, enseja ela um procedimento, por parte de um dos contratantes, que cria uma situação muito vizinha do dolo e da coação”<sup>53</sup>.

Há também uma corrente que defende a lesão como o quarto vício da vontade, em complemento às outras três figuras clássicas: o erro, o dolo e a coação.<sup>54</sup> E assim seria porque, havendo desproporção entre as prestações, poder-se-ia presumir consentimento viciado, pois ninguém, de livre e espontânea vontade, aceitaria realizar um contrato lesivo a si mesmo.

Outros procuram situar a lesão com base na teoria da causa. Diante da igualdade, ou equivalência, das prestações recíprocas que se aspira nos contratos comutativos, se uma das partes dá sem receber, verifica-se prestação sem causa.

No entanto, parece que a melhor solução é considerar a lesão como instituto autônomo, visto que, em muitas vezes, inexistente qualquer vício de consentimento e a

---

<sup>51</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 110.

<sup>52</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, p. 137.

<sup>53</sup> RODRIGUES, Silvio. *Dos Vícios do Consentimento*, p. 208-209.

<sup>54</sup> A respeito: BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e Contrato...*, p. 103-107.

desproporção entre as prestações decorre de circunstâncias até mesmo preexistentes ao contrato lesivo.

Como salienta Anelise Becker, em certas hipóteses, “o aproveitamento dá-se justamente porque a vontade da contraparte é deficiente, *mas não em todos os casos*, e, por isso, o vício da vontade não é requisito, pois, do contrário, estar-se-ia excluindo do âmbito de incidência do instituto a maioria dos casos de evidente lesão”.<sup>55</sup>

Quando o querer é viciado, nem há necessidade de invocá-la para desconstituir o contrato. Mas, quando é hígido, nem por isso o contrato será necessariamente válido, pois *os efeitos da lesão incidem igualmente nos casos em que a situação de inferioridade não basta para caracterizar vontade defeituosa*, evitando-se, desta forma, as dificuldades de perquirições subjetivas. O contrato é inválido aqui não por vício de vontade, mas por *lesão*, compreendida esta como a considerável desproporção de valor entre as prestações, resultado do aproveitamento, por um dos contratantes, da inferioridade do outro. A situação do sujeito prejudicado não representa mais do que um elemento circunstancial sobre o qual incide o aproveitamento do lesionante e, assim, um componente do suporte fático, todavia secundário relativamente ao enquadramento sistemático do instituto.<sup>56</sup>

No mesmo sentido leciona Darcy Bessone:

Por último, justifica-se a reparação invocando razões de humanidade ou considerações de equidade. Parece que é a melhor explicação. A teoria dos vícios de consentimento, a da causa, a do enriquecimento ilícito, a do abuso de direito só podem ter aplicação quando se apresentem os elementos que as caracterizam. Entretanto, em muitas oportunidades, sem que a rigor concorram esses elementos, configuram-se situações de injustiça manifesta, para as quais a equidade reclama uma solução, que, precisamente por não concorrerem as características que as singularizam, não pode ser por elas fornecida. Então, nesses casos, que não encontram solução em qualquer daquelas teorias é que, a bem das idéias solidaristas de proteção ao fraco, mesmo aos que só momentaneamente ou eventualmente o sejam, funcionará a teoria da lesão, impedindo a desproporção exagerada das prestações e a exploração da inexperiência, leviandade ou necessidade de um dos contratantes. O instituto toma, assim, um caráter de certo modo subsidiário e a sua utilidade estará em fornecer a solução para casos concretos que não a encontrem na rigidez de outras concepções, porventura mais gerais e menos dúcteis. O elastério da fórmula concederá ao juiz extensa margem para, em cada caso, apreciar se, ao lado da falta de correspondência dos equivalentes, milita a exploração da inexperiência, leviandade ou necessidade e, nessa

---

<sup>55</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 133-134.

<sup>56</sup> BECKER, A. *Obra citada*, p. 133-134.

apreciação, influirão, por certo, as teorias já referidas, todas entrelaçadas nas idéias de equidade e de lesão.<sup>57</sup>

### 3.3.3 Requisitos e elementos identificadores da lesão

A lesão implica desproporção das prestações no momento da celebração do contrato e não posteriormente. Embora tanto num caso como no outro haja falta de equivalência entre as prestações, a desproporção existente ao tempo do contrato pode ensejar a lesão pela exploração de uma parte sobre a outra, enquanto a desproporção surgida depois normalmente é consequência de circunstâncias estranhas às partes. Assim, não pode o prejudicado invocar a posterior perda decorrente da inflação, ou eventual alta sensível do preço do bem, pois isso não se enquadra na figura da lesão, porém na teoria da imprevisão ou da excessiva onerosidade superveniente, conforme for o caso.

Portanto, como precisamente leciona Caio Mário da Silva Pereira, para aferir se foi rompido o justo contrapasso das prestações “é então mister retornar ao momento da celebração do contrato, e apurar se o preço pago ou recebido era desproporcional ao valor da coisa no momento do negócio”.<sup>58</sup>

O Código Civil de 1916 não regulou a lesão. Mas o Código Civil de 2002 dedicou a ela o art. 157, com o teor seguinte:

*“Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.*

*§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.*

*§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”*

No texto da lei nova podem ser encontrados os requisitos da lesão, quais sejam: o aproveitamento da situação de inferioridade do contratante prejudicado; a desproporção

---

<sup>57</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato...*, p. 210-211.

<sup>58</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*, p. 200.

entre as prestações segundo os valores vigentes ao tempo do contrato; e a falta de equivalência das prestações.

Nestes requisitos, destacam-se o elemento objetivo, que diz respeito à equivalência das prestações, e os elementos subjetivos, ligados ao estado psicológico das partes, estado de necessidade, inexperiência, dolo de aproveitamento etc.

A relação de equivalência das prestações suscita várias questões. Em princípio, essa relação é marcante no contrato bilateral, oneroso e comutativo, tendo em vista o sinalagma que lhe é próprio. Nos contratos aleatórios, porém, está pressuposta uma natural incerteza quanto aos ganhos ou perdas, donde só excepcionalmente haverá oportunidade para reconhecimento da lesão.

Nestes contratos, como salienta Anelise Becker, deve-se admitir a invalidade por lesão “quando a vantagem que obtém uma das partes é excessiva, desproporcional em relação à *álea normal* do contrato, desde que (...) essa vantagem se produza mediante o aproveitamento da necessidade, leviandade ou inexperiência do co-contratante”.<sup>59</sup>

Assim, nos exemplos dados pela citada jurista, está o caso de venda de imóvel em que o preço ajustado na forma de uma renda vitalícia cujo valor é inferior ou igual aos rendimentos do imóvel, pois “o comprador quita o preço sem nada desembolsar”; ou nos contratos de seguro, sempre que o prêmio pago for desproporcional à cobertura oferecida.<sup>60</sup>

Tentando equacionar o problema da lesão, os romanos reputavam bom preço o que não fosse inferior à metade do preço justo, e honesto o negócio onde a desproporção de valor não excedesse da metade. No entanto, a simplicidade dessa regra já não serve para os dias atuais deste mundo globalizado, onde quase tudo tornou-se relativo.

Mas se de um lado a tarifação mostra-se inviável, porque todo e qualquer negócio depende de inúmeros fatores, quer de ordem pessoal, quer de ordem geral, além da própria *álea normal*, por outro deixar ao arbítrio judicial a verificação do dano e a nulidade do ato

---

<sup>59</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 98.

em decorrência da lesão objetiva, sem um fator normativo essencial, é instituir como norma a insegurança das transações. “O mesmo negócio, encarado por um homem que se mostre rigoroso na apreciação dos fatos pode ser reputado ilícito, e visto por um espírito menos rigorista é capaz de ser considerado moral e justo”.<sup>61</sup>

Por outra parte, a verificação do equilíbrio ou desequilíbrio do contrato exige a análise deste como um todo e não apenas tendo-se em conta a desproporção decorrente de alguma cláusula isolada. O negócio deve ser considerado como um todo unitário e como tal interpretado, pois só assim é que se pode aferir da justiça contratual.

A prova do aproveitamento da situação de inferioridade do contratante prejudicado nem sempre tem sido considerada indispensável à configuração da lesão. Há entendimentos de que a mera desproporção entre as prestações e a situação de inferioridade bastam para configurar a lesão, podendo o aproveitamento ser deduzido das circunstâncias em que celebrado o negócio.<sup>62</sup>

Ainda, a referida situação de inferioridade pode ser entendida a partir de qualquer situação que reduza consideravelmente a autonomia de vontade do contratante prejudicado. Assim, a necessidade, de que a lei fala, não é a miséria, a insuficiência habitual de meios para prover à subsistência própria ou dos seus.

Não é a alternativa entre a fome e o negócio. Deve ser a necessidade *contratual*. Ainda que o lesado disponha de fortuna, a necessidade se configura na impossibilidade de evitar o contrato. Um indivíduo pode ser milionário. Mas, se num momento dado ele precisa de dinheiro de contado, urgente e insubstituível, e para isto dispõe de um imóvel a baixo preço, a necessidade que o leva a aliená-lo compõe a figura da lesão” (...) A necessidade contratual não decorre da capacidade econômica ou financeira do lesado, mas das circunstâncias de não poder ele deixar de efetuar o negócio.<sup>63</sup>

De sua vez, inexperiência não significa completa ingenuidade; é suficiente a *inexperiência relativa ao tipo particular de transação estabelecido entre as partes*, pois há casos em que faltam a um indivíduo de inteligência normal a aptidão, a experiência ou a

---

<sup>60</sup> BECKER, A. *Obra citada*, p. 97.

<sup>61</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*, p. 115.

<sup>62</sup> PEREIRA, C. M. S. *Obra citada*, p. 119.

habilidade para fazer um juízo cuidadoso e bem informado, considerando o que se espera de quem entra em uma transação significativamente complexa.

“Com a noção de inexperiência, pretende-se assinalar a *situação de desigualdade técnico-científica ou transacional* que existe entre as partes e que vai ser aproveitada pela mais forte e mais conhecedora, em detrimento da mais débil, precisamente aquela situação que caracteriza a *relação de consumo*”<sup>64</sup>.

### 3.3.4 Efeitos da lesão

Conforme escreveu Marcelo Guerra Martins: “Em nosso Direito, a lesão tem sido vista como conseqüência do crime de usura real, nos termos do disposto no art. 4º, letra “b”, da Lei de Economia Popular (...). Nessa linha de raciocínio, sendo conseqüência de um crime, a lesão gera nulidade do negócio jurídico, com base na disposição do art. 145, II, do Código Civil, que inquina de nulidade as avenças cujo objeto seja ilícito”.<sup>65</sup>

No entanto, essa nulidade recebeu certa temperança inclusive do próprio legislador, na medida em que assim estabeleceu no § 3º do art. 4º da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951: “A *estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido*”.

Adotou-se, portanto, uma “invalidade” parcial do contrato, ou então como disse Wilson de Andrade Brandão:

Em síntese, no direito brasileiro, se instituiu a ‘revisão judicial’ dos contratos lesionários. Observe-se bem: ‘revisão’. Respeita-se, essencialmente, a vontade das partes que se determinaram a pactuar. O contrato como contrato é inviolável. O que se não permite é a exploração de uma parte pela outra. Daí o poder do juiz de reduzir as prestações ao justo legal.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> PEREIRA, C. M. S. *Obra citada*, p. 165.

<sup>64</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 124.

<sup>65</sup> MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*, p. 115.

<sup>66</sup> BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e Contrato...*, p. 226.

E com razão. Se, embora injusto, o contrato proporciona ao lesado uma utilidade ou satisfaz suas necessidades, por certo interessa-lhe a conservação da avença, e assim a invalidade total do contrato seria uma medida de rigor extremo, pois a infração não está no contrato em si, mas no comprometimento do seu equilíbrio ou de sua justiça.

É necessário considerar que, para que uma regulamentação atenda ao seu objetivo, não basta que seja severa: é necessário que seja aplicada. E a única chance para que uma legislação imperativa em matéria contratual seja efetivamente aplicada e as infrações coibidas reside na sua denúncia pelas próprias partes. Quando a invalidade visa somente a proteger os interesses particulares de uma das partes, a sua aplicação a todo o contrato poderá desencorajá-la a exercer seu direito potestativo de anulação. Para que seja exercido, é preciso que o interessado nele encontre algum interesse. Enquanto a perspectiva de uma invalidade total suprime precisamente este interesse, a invalidade apenas da cláusula ilícita ou a redução do preço abusivo suscitará largamente a sua ação se souber com certeza que a isto se limitará. É por meio dessa conjunção entre o interesse da lei e o do contratante lesado, e apenas desta maneira, que se poderá assegurar a eficácia das normas protetivas.<sup>67</sup>

O Código de Defesa do Consumidor também contempla a lesão, como pode ser visto em seu art. 6º, inciso V, que garante o direito básico do consumidor de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam **prestações desproporcionais**, ou no art. 51, inciso IV, que considera nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam **obrigações consideradas iníquas, abusivas**, que coloquem o consumidor em **desvantagem exagerada**, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

E nele a solução também busca atender ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, bastando ver o disposto no § 2º do art. 51, no sentido de que: “*A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes*”.

---

<sup>67</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 166-167.

### 3.4 Caso fortuito ou força maior

Uma das excludentes da obrigatoriedade do contrato é o caso fortuito ou de força maior. A respeito o art. 393 do Código Civil de 2002 (art.1.058 do Código Civil de 1916) dispõe: “*O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir*”.

Nem sempre, porém, o fortuito serve para liberar. Há situações em que ele pode não exonerar, como por exemplo nas obrigações de dar coisa incerta, onde o Código dispõe: “*Art. 246. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito*”.

Arnoldo Medeiros da Fonseca, que se debruçou longa e profundamente ao estudo do “caso fortuito” e da “força maior”, concluiu que a diferenciação entre as expressões não têm maior interesse prático, portanto aceitando ele a equivalência de ambas, até porque nosso direito positivo não oferece base segura para qualquer distinção, estando aqui, inclusive, “generalizado o uso das duas expressões como sinônimas”.<sup>68</sup>

Como explica Agostinho Alvim, a “aparência de sinonímia deriva do caráter comum a ambas, que vem a ser a inevitabilidade do evento, e também, segundo consta dos Códigos e observam os civilistas, do fato de andarem sempre juntas aquelas locuções, como acontece no art. 1.058 parágrafo único do Cód. Civ., idem no Cód. Civ. Francês, art. 1.148, idem no italiano, de 1865, art. 1.226, e assim na linguagem dos escritores”.<sup>69</sup>

De qualquer modo, ao que se tem entendido, a distinção básica está em que, no caso fortuito há impossibilidade relativa (para o agente), e na força maior há impossibilidade absoluta (para quem quer que seja). Ou como diz Arnaldo Rizzardo, “o

---

<sup>68</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, p. 129.

<sup>69</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, p. 314-315.

caso fortuito está relacionado a um impedimento com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto que a força maior é um acontecimento externo”.<sup>70</sup>

O parágrafo único do art. 393 do Código Civil de 2002 diz que o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no **fato necessário**, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Mas a “necessariedade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade do cumprimento da obrigação, e não abstratamente”.<sup>71</sup>

Portanto, é preciso ver se a impossibilidade de afastar o evento que impediu de cumprir a obrigação não se deu apenas por imprevidência, ou falta de cautela. Exemplo dado por AGOSTINHO ALVIM bem ilustra o caso:

(...) alguém, obrigado a estar numa cidade às tantas horas, deixa de comparecer e escusa-se com o atraso do trem. É claro que não lhe era possível impedir o atraso; mas uma simples cautela de sua parte, teria evitado que a obrigação não fosse cumprida. Prevendo a possibilidade de atraso, o devedor teria cumprido a obrigação se fosse de véspera, ou em outro trem, mais cedo.<sup>72</sup>

Contudo, adverte Arnaldo Medeiros da Fonseca que não se deve tomar a inevitabilidade “num sentido metafísico, ou melhor, estranho às realidades da vida, às condições objetivas do momento, às circunstâncias gerais de fato em que se haja verificado o evento, de modo que a nenhum homem, em tempo algum, fosse dado precaver-se contra o ocorrido ou a ele resistir”.<sup>73</sup>

Ao contrário, deve-se ter em vista a realidade concreta de cada caso, encarado objetivamente em toda sua generalidade, atendidas as possibilidades humanas, mas com abstração completa da pessoa do devedor considerado e do grau de diligência a que estivesse obrigado.

---

<sup>70</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 43.

<sup>71</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução...*, p. 312.

<sup>72</sup> ALVIM, Agostinho. *Obra citada*, p. 312.

<sup>73</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 148.

De resto, o caso fortuito não pode jamais provir de ato culposo do obrigado, pois a natureza *inevitável* do acontecimento exclui esta hipótese. Se o ato foi culposo, obviamente não era inevitável, mas evitável.

### 3.4.1 Impossibilidade absoluta ou relativa - Conseqüências

A impossibilidade da prestação pode ser absoluta ou relativa, gerando, conforme o caso, conseqüências diversas.

Desde logo, cumpre ver que impossibilidade não se confunde com dificuldade. Ainda aproveitando lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca, “a *dificuldade* implica *possibilidade* mediante um certo esforço, devendo-se sempre procurar ter em vista a conduta de um *homem-tipo*”.<sup>74</sup>

Logo, em princípio, a dificuldade de cumprir não exonera o devedor. Deve ele honrar a obrigação, ainda que seja com sacrifício e aumento de ônus. Mas obviamente este sacrifício tem seu limite à luz dos princípios da boa-fé, desde que não se pode exigir do devedor sacrifícios insuportáveis, fora do comum, que o levem à ruína. Em tais circunstâncias, a dificuldade equivale à impossibilidade, portanto constituindo escusa legítima.

Assim, se há impossibilidade absoluta, isto é, “aquela que existe normalmente para qualquer homem, em análoga situação de tempo, lugar, meio e objeto da prestação, sem considerar as condições pessoais do devedor, desde que estas não tenham conexão *necessária* com a própria prestação”<sup>75</sup>, resolve-se a obrigação.

Se a impossibilidade é apenas parcial, pode o credor obter, segundo a natureza e o fim do contrato, o cumprimento da parte possível da prestação e que lhe for útil.

E se a impossibilidade for apenas temporária, o efeito liberatório referir-se-á apenas à mora.

---

<sup>74</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito...*, p. 155.

<sup>75</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 14, p. 243.

### 3.5 Teoria da imprevisão

Em condições normais, o próprio comércio realiza por si a idéia de equivalência.

Ao egoísmo de um contrapõe-se o egoísmo do outro. Enquanto aquele se empenha em tomar o máximo possível, este envida todos os esforços no sentido de dar o menos possível. O ponto indiferencial ou ponto zero em que ambos chegam a um equilíbrio é o *equivalente*. Equivalente é o equilíbrio entre prestação e contraprestação inferido através da experiência, uma importância da remuneração (ou prestação real) em que ambas as partes chegam a um acordo, nenhuma delas perdendo. O equivalente é a concretização da *idéia da justiça no campo da vida negocial*, pois que a justiça – a grosso modo – não é senão aquilo que se ajusta a todos, de forma que todos possam existir. Fazer valer, o máximo que for possível, o princípio da equivalência em todas as situações é, portanto, uma das mais altas tarefas da vida negocial.<sup>76</sup>

Mas esta regra tem de ser bem delimitada e entendida. Como advertia Georges Ripert: “Contratar é prever. O contrato é um empreendimento sobre o futuro. Todo o contrato contém uma idéia de segurança” (...) “Admitir a revisão dos contratos, todas as vezes que se apresente uma situação que não foi prevista pelas partes, seria tirar ao contrato a sua própria utilidade que consiste em garantir o credor contra o imprevisto”.<sup>77</sup>

Logo, a ruptura da equivalência que autoriza a aplicação da teoria da imprevisão é aquela que atinge um valor importante e se torna verdadeiro meio de exploração ou aniquilamento do contratante lesado pela sorte.

Se restituirmos assim à revisão do contrato por imprevisão o seu verdadeiro caráter, vemos com que prudência é preciso manejar este poder de revisão. O credor adquiriu pelo contrato um direito de que pode usar nas condições fixadas pelo acordo das partes. É preciso respeitar neste contrato o que é ato de previsão legítima, pois cada contratante faz um sacrifício atual em vista dum futuro duvidoso.

O abuso começa no momento em que o desequilíbrio das prestações é tal que o contratante não podia normalmente prever que ia tirar do contrato tal vantagem. É preciso, pois, para admitir a revisão, um acontecimento extraordinário, fora da previsão humana, e era esse o sentido da cláusula *rebus sic stantibus*. É preciso, por outro lado, que o acontecimento torne para o devedor cumprimento tão difícil e oneroso; que ele constitua uma lesão em desproporção com a vantagem que previu no contrato. É preciso, enfim, que o credor não tenha pago

---

<sup>76</sup> JHERING, Rudolf Von. *A Finalidade do Direito*, tomo I, p. 100.

<sup>77</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, p. 161.

antecipadamente a álea excepcional do contrato pela natureza da operação ou as estipulações particulares do contrato.<sup>78</sup>

### 3.5.1 A cláusula “*rebus sic stantibus*” e as teorias revisionistas que se seguiram

O Direito Romano só excepcionalmente, e mesmo assim com bases pouco nítidas, referiu-se à imprevisão. Luís A. Carvalho Fernandes cita alguns textos de Paulo e Africanus que confirmam tal afirmação. Mas segundo ele, a consciência da imprevisão frutificou entre os moralistas e os filósofos. Cícero entendia que o dever se podia modificar com o decorrer do tempo: as promessas que se tornaram inúteis para o que delas beneficiar, bem como as que mais prejudiquem o promitente do que representem de benefício para aquele, não devem ser respeitadas. E Sêneca ainda acrescentava “que só fica infamado de inconstante aquele que faltar ao prometido, subsistindo as coisas no estado do momento da promessa, e de que, mudando estas, pode exonerar-se da promessa”.<sup>79</sup>

Essas idéias foram acolhidas e aplicadas pelos canonistas, sobretudo nos tribunais eclesiásticos, e depois pelos pós-glosadores ou bartolistas, os quais admitiam a cláusula *rebus sic stantibus* como subentendida nos contratos que tivessem *dependentiam de futuro*.

Tal cláusula, segundo esclarece Arnaldo Medeiros da Fonseca, é “uma abreviação da fórmula: *Contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* – pela qual, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação”.<sup>80</sup>

Em termos de aplicação prática, a cláusula firmou-se na Idade Média, entre os séculos XII e XIII. São Tomás de Aquino, na *Summa Theologica*, procurou “estabelecer uma distinção entre a infidelidade contratual (inadimplemento) e a mentira, considerada por ele como um vício oposto à verdade. Santo Agostinho também tratou deste assunto

---

<sup>78</sup> RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 164.

<sup>79</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, p. 17-19.

<sup>80</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, p. 17-18.

afirmando: ‘Quando ocorre alguma coisa de maior importância que impeça a execução fiel da minha promessa eu não quis mentir, mas apenas não pude cumprir o que prometi’’.<sup>81</sup>

A aplicação da cláusula perdurou até o início do século XIX, mas já no final do século XVIII entrou em declínio, pois os autores começaram a mostrar-se cada vez menos favoráveis à sua admissão, procurando limitar o seu campo de incidência. De outro lado, os Códigos Civis da França e da Itália, elaborados no princípio do século XIX, não adotaram a fórmula, que veio então a cair em completo esquecimento por largo período.

A Guerra Mundial de 1914 provocou profundas alterações de ordem econômica e social e isso levou a um verdadeiro renascimento da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, com novas roupagens e fundamentos, nas inúmeras teorias que se seguiram, tratando da imprevisão ou superveniência.

Artur Marques da Silva Filho relata que, na época, o primeiro importante caso jurisprudencial foi da Corte de Cassação de Turin, de 16.8.16, onde ficou resolvida a possibilidade de resolução ou modificação dos contratos bilaterais de trato sucessivo e dependência de futuro, se verificada a impossibilidade de execução ou sua excessiva gravidade, em virtude de alterações nas circunstâncias do fato. E lembra ainda que em diversos países foram promulgadas leis especiais, chamadas “Leis de Guerra”, para socorrer a estas situações graves e anormais, tais como, na Itália, o Decreto do “Lugar-Tenente do Reino”, de 27.5.15, e em França, a famosa *Lei Faillot*, de 21.1.18, que autorizava “a resolução, por qualquer das partes, de contratos concluídos antes de agosto de 1914”.<sup>82</sup>

Abandonando a teoria da *cláusula tácita*, por entendê-la “absolutamente artificial, que nada explica”, Arnaldo Medeiros da Fonseca classifica as demais teorias em dois grandes grupos: “umas relacionam a *imprevisão* a um problema de apreciação da vontade contratual; outras lhe atribuem fundamentos diversos, mais gerais, vendo no instituto uma

---

<sup>81</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.). *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 128.

<sup>82</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.). *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 130-131.

aplicação dos princípios de equidade e boa-fé, ou uma manifestação direta e mais elevada da regra moral ou da noção do direito, combinado, às vezes, vários elementos”.<sup>83</sup>

Mais atual, porém, parece-me a classificação feita por Luís Renato Ferreira da Silva, para quem pode-se traçar uma divisão entre teorias com um caráter mais voluntarístico e outras com cunho mais objetivo.

As primeiras acabaram por desembocar na moderna versão da teoria da imprevisão, a chamada onerosidade excessiva, modelo adotado pelo Código Civil italiano e seguido pelo Projeto de Novo Código Civil Brasileiro.

O segundo grupo, tendendo cada vez mais para os dados objetivos, origina a teoria da quebra da base do negócio jurídico, esteada na doutrina alemã, com forte influência anglo-saxônica e parcialmente acolhida no novo Código de Defesa do Consumidor. Pode-se ter como paradigmas deste ramo, tanto as disposições do Código Civil português, como as do *Uniform Commercial Code* e do *Restatement (Second) of Contracts* dos Estados Unidos.<sup>84</sup>

Contudo, não custa anotar que o assunto rende ensejo para múltiplos entendimentos. A propósito, Artur Marques da Silva Filho salienta em seu estudo:

Anísio José de Oliveira, sistematizou treze teorias, que procuraram fundamentar a imprevisão, separando as que analisam os aspectos intrínsecos (internos) do contrato, daquelas que enfocam os aspectos extrínsecos (externos). Nas primeiras serão ainda diferenciadas as teorias com base na vontade das partes das com base na prestação. Após a pesquisa realizada o número de teorias elevou-se para vinte e um, que estão classificadas obedecendo o mesmo sistema criado por Anísio de Oliveira, mas que de forma alguma chegam a esgotar o assunto.<sup>85</sup>

Na medida do nosso objetivo, entretanto, não será necessário relembrar todas as teorias construídas para fundamentar a revisão dos contratos, mas apenas aquelas consideradas principais, conforme se passa a fazer:

---

<sup>83</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, p. 208-209.

<sup>84</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 102.

<sup>85</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.). *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 132.

### a) teoria da pressuposição, de Windscheid:

Surgiu na Alemanha, quando se fazia a codificação do direito civil, mas nesta acabou não aceita. Segundo ela, quem manifesta sua vontade sob certo pressuposto, quer, à semelhança de quem emite uma vontade condicionada, que o efeito jurídico venha a existir dado um certo estado de relações. Se este evento se não verifica, a produção do efeito não corresponde à vontade efetiva do contratante. “Perde o contrato, em consequência, seu sentido, não se justificando sua execução nas condições estipuladas”.<sup>86</sup>

Os negócios jurídicos e, particularmente, os contratos, devem ter sempre uma *causa*, que é, pois, o primeiro intento. Todos os contratos da mesma espécie devem produzir tal efeito. Não é necessário pacto porque isso é da essência do negócio. Mas, ao lado desse intento comum, outros podem existir, não expressamente declarados, mas decorrentes das circunstâncias e *percebidos ou perceptíveis pela outra parte*, constituindo assim *pressuposição* igualmente tutelável pelo direito. Somente os motivos ou intentos subjetivos não o seriam. Tal é, em síntese, o ponto de vista de WINDSCHEID. A *pressuposição* agiria assim como autolimitação da vontade, dando vida a uma *conditio* e a uma *exceptio*. E poderia referir-se tanto a uma circunstância futura, como presente ou passada, tanto o fato positivo como negativo.<sup>87</sup>

Esta teoria sofreu críticas, principalmente de Pugliesi, Osti e Lenel, por várias razões, mormente por não poder uma condição não expressa vincular o destinatário da declaração, ou por não apresentar nenhum critério geral que servisse de base à determinação precisa do conceito de pressuposição.

Luís A. Carvalho Fernandes ainda ressalta que a teoria da pressuposição encerra, nos seus próprios termos, uma contradição difícil de resolver: o declarante quer sem reservas, mas quer somente em certas circunstâncias. “Também o fato de se afirmar que o declarante põe a si mesmo a restrição, embora a não declare, envolve certa contradição com o princípio de certeza subjetiva, que está na base da teoria (pois é ele que justifica, segundo Windscheid, o valor da pressuposição, independentemente de ser declarada)”.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, p. 97.

<sup>87</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 209-210.

<sup>88</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 62.

De qualquer modo, porém, a teoria teve seus méritos, na medida em que sendo mais ampla do que a cláusula *rebus sic stantibus*, acabou inspirando teorias paralelas.

#### **b) teoria da vontade marginal ou da superveniência:**

Elaborada por Giuseppe Osti, esta teoria ressalta o binômio vontade contratual – vontade marginal. “Vontade contratual seria a vontade do agente de se obrigar ao cumprimento de certa prestação. Vontade marginal seria a vontade de adotar o comportamento por que se obrigou o agente, em função do querer deste, tendo de um lado, as dificuldades objetivas, decorrentes de tempo e lugar, e de outro, os reflexos de tais dificuldades sobre a economia individual do agente”.<sup>89</sup>

Mas no fundo, como explica Othon Sidou: “A vontade é uma só, tanto a de contratar como a de cumprir. O que ocorre é a modificação não da vontade (*voluntas*), porém de fatores circunstanciais (*rebus*) que dificultam a prestação e chegam ao ponto de autorizar ou impor uma revisão ou rescisão”.<sup>90</sup> Ou nas palavras de Serpa Lopes, “a obrigação, constituída pela vontade, tem um destino certo, e, se este se malogra, a vontade está prejudicada em sua determinação”.<sup>91</sup>

A crítica básica a esta teoria está em que na “vontade marginal” estariam alocados elementos de ordem subjetiva. Demais, pelo direito, “a liberdade de querer cessa quando se contrai a obrigação; depois o obrigado nada mais tem de querer”.<sup>92</sup>

#### **c) teoria da situação extracontratual, de Bruzin:**

Esta teoria segue a mesma ordem de idéias da preponderância da vontade, donde a força vinculativa do contrato depende da extensão do consentimento das partes.

---

<sup>89</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.). *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 134.

<sup>90</sup> SIDOU, Othon. *Resolução Judicial dos Contratos...*, p. 35-36.

<sup>91</sup> LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil: Fontes das Obrigações: Contratos*, v. 3, p. 126.

<sup>92</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 216-217.

Segundo Bruzin, ao se ajustarem, as partes fazem previsões jurídicas e econômicas sobre todo o contexto de seu ato. Mas como essas previsões não são nem podem ser completas, dão ensejo às imprevisões, às quais Bruzin denomina “extracontratuais”, em oposição àquelas previsões típica e formalmente contratuais. “Resulta dessa diferença que só as intenções contratuais, ou previstas, obrigam em toda sua intensidade, ao inverso não se tornando obrigatórias as extracontratuais, exatamente porque, não previstas, não são produto da vontade, base do acerto”.<sup>93</sup>

Vê-se logo a falha, na medida em que permite que circunstâncias extracontratuais influenciem e acabem deturpando a vontade inicial.

#### **d) teoria do erro:**

Sugerida por Achille Giovènne, esta teoria tem como fundamento específico da superveniência o vício de vontade. “Para ele, no caso de verificar-se a divergência entre o suposto e a realidade, falhando as representações objetivas que serviram de base à determinação da vontade, em virtude da superveniência imprevista, haverá erro, que permite a anulação do ato jurídico, por se tratar de consentimento viciado”.<sup>94</sup>

Mas esta teoria não se sustenta nem mesmo com as explicações dadas pelo seu autor, após as críticas de Osilia e Pugliese, tentando demonstrar um aspecto comum entre erro sobre o valor e erro sobre qualidades substanciais.

Conforme razões irresponsáveis de Luís Renato Ferreira da Silva:

Pode-se denotar que a cogitação do erro se dá em relação a verdades atuais e não se pode falar em erro acerca do futuro que é, por si só, incerto. Supor-se que a frustração de expectativas é, em sentido jurídico, errar, conduz a figura deste vício para hipóteses extremamente fluidas, retirando a questão do mínimo de certeza que os institutos jurídicos devem ter.<sup>95</sup>

#### **e) teoria da diligência, de Hartmann:**

---

<sup>93</sup> SIDOU, Othon. *Resolução Judicial dos Contratos...*, p. 39.

Também chamada de teoria do dever de esforço, nela se defende que o dever de prestar prende-se ao dever de realizar um determinado esforço. Assim, o que prepondera é saber se o contratante se esforçou como devia, para cumprir sua parte na obrigação. Se houve este esforço, mas ele não foi bem sucedido, por causa de obstáculo superveniente alheio à sua diligência, o devedor resta liberado pelo princípio *rebus sic stantibus*.

Como salienta Othon Sidou, esta teoria “deixa-se dominar por fatores exógenos e facilmente resvala para o caso fortuito, ou a força maior”.<sup>96</sup>

#### **f) teoria do estado de necessidade:**

Nesta teoria, Lehmann desenvolveu a idéia de que, surpreendido com uma situação superveniente imprevista, o devedor encontrar-se-ia em verdadeiro estado de necessidade, que o escusaria do inadimplemento. No caso, não prevaleceu o *animus* do devedor no incumprimento da promessa, mas sim a imposição de fatos supervenientes.

Difícil, porém, enquadrar tal situação no conceito do estado de necessidade, que é a situação em que se encontra alguém, que para salvar direito próprio ou alheio de um perigo atual a que não deu causa, nem pôde evitar, sacrifica direito alheio. Para conceber a inexecução da prestação como ato necessitado, ela teria de ser meio idôneo de evitar um mal maior para o devedor, o que não se vê na espécie, até porque do referido ato nasce a obrigação de reparar os danos causados.

#### **g) teoria do equilíbrio das prestações:**

Sustentada por Giorgi e Lenel, que para fundamentar a teoria partem da premissa da utilidade do contrato para ambas as partes, donde a superveniência de fatos imprevistos, que venham a desequilibrar as prestações, tornando uma delas mais onerosa do que a outra, fará com que o contrato deixe de ser útil para a parte onerada, justificando assim a resolução.

---

<sup>94</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 219.

<sup>95</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 106.

<sup>96</sup> SIDOU, Othon. *Resolução Judicial dos Contratos...*, p. 40.

Mas como bem observa Márcio Klang, “até certo ponto, nada haveria a criticar quanto a esta teoria, senão o fato de que propõe uma equivalência objetiva das prestações, por sinal, bastante almejável, porém, inexequível no atual contexto jurídico, face a ausência de mecanismos precisos na aferição, e a falta de disposição legal reguladora de tal método de aferição”.<sup>97</sup>

#### **h) teoria do enriquecimento sem causa:**

Defendida por Popescu, funda-se no entendimento de que, tanto no enriquecimento sem causa, como na imprevisão, a situação é a mesma, ou seja, alguém se locupleta em detrimento de outrem. No caso da imprevisão, esse locupletamento consistiria em um benefício inesperado que circunstâncias de acaso atribuem a um dos contraentes, em desfavor do outro.

No entanto, como explica Luís A. Carvalho Fernandes, a tentativa de encarar a teoria da imprevisão como um enriquecimento sem causa não pode ser aceite por um argumento, de que, aliás, a grande maioria da doutrina não deixou de se aperceber.

No enriquecimento sem causa, como a designação do instituto bem indica, o que há de característico é o fato de não haver qualquer relação jurídica anterior que justifique aquele resultado. Ora, é evidente que este último aspecto falta na teoria da imprevisão – não se pode negar que haja aí um indivíduo que afigura uma vantagem em prejuízo de outro, mas o que não se pode dizer é que não haja causa, relação jurídica entre ambos, que justifique esse enriquecimento.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Apud: SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.). *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 142.

<sup>98</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 55-56.

**i) teoria do desaparecimento da causa da obrigação:**

Atribuída a De Simone, a teoria defende a idéia de que a alteração das circunstâncias do contrato, provocada pela superveniência de fatos imprevistos, mais não é do que o desaparecimento da causa da obrigação.

Todavia, como ressalta Carvalho Fernandes, nem sempre as partes têm, como finalidade última, obter uma contraprestação de que pretendam (ou possa) retirar utilidade superior à da própria prestação, sem que por isso se tenham de considerar inválidos tais contratos. “Pode o contraente ter apenas em vista evitar prejuízos maiores, pelo que então redundaria em seu próprio desfavor a aplicação da teoria da causa de De Simone. E pode até a parte, no momento da celebração do contrato, não ter sequer previsto qualquer destino especial para dar à prestação que vai receber”.<sup>99</sup>

**j) teorias que ligam a imprevisão às noções gerais da moral, equidade e boa fé:**

Essas teorias buscam enfatizar a tendência moderna de submeter cada vez mais o direito, principalmente o direito das obrigações, às regras morais.

Nessa linha, Voirim acentuou “como a imprevisão representa o conflito inevitável entre a noção moral da equivalência de prestações (justiça comutativa) e a idéia de segurança, cujo respeito integral imporia a intangibilidade das obrigações tal como foram estipuladas, de uma vez para sempre, nos contratos celebrados entre as partes”.<sup>100</sup>

De sua vez, Ripert insurgiu-se veementemente contra as doutrinas que pretendem explicar a teoria da imprevisão como manifestação da própria noção de contrato, pois a seu ver o credor não pode usar até à injustiça o direito que o contrato lhe atribui.

---

<sup>99</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 53-54.

<sup>100</sup> FERNANDES, L. A. C. *Obra citada*, p. 30.

Bonnecase, embora reconhecendo a necessidade de o direito recorrer à moral para alcançar seu fim em certos domínios, entende que no campo patrimonial a noção de direito se basta a si mesmo. Assim, a imprevisão, o enriquecimento sem causa e o abuso de direito são apenas reflexos diretos do conceito de direito.

Ruggiero e Pestalozza, na Itália, e Arnaldo Medeiros da Fonseca e Darcy Bessone, entre nós, defendem que o direito traz em si as idéias de equidade e de justiça, elementos de equilíbrio entre pretensões e interesses contrapostos. Por conseguinte, excepcionalmente admissível a modificação do contrato, quando o seu cumprimento deixar de corresponder aos ditames da equidade, devido circunstâncias supervenientes imprevistas e imprevisíveis que impliquem por um lado onerosidade excessiva para o devedor e por outro enriquecimento inesperado, injusto e indevido do credor.

E de resto Wendt, Klenke e Naquet procuram justificar na boa-fé a teoria da revisão dos contratos. Sendo impossível ao legislador prever todas as hipóteses, “a boa fé funcionaria como um remédio para esta limitação da generalidade da lei”<sup>101</sup>, servindo assim como um meio geral de aplicação justa do direito ao caso concreto. A contrário senso, portanto: “Não levar em consideração o evento anormal e o gravame sofrido por uma das partes, exigindo, assim mesmo, o integral cumprimento da obrigação, seria agir de má-fé”<sup>102</sup>.

As críticas que se fazem a estas teorias são no sentido de que elas se fundamentam em noções muito vagas e gerais de conteúdo filosófico, ou na relatividade dos conceitos de moral, equidade e boa-fé, portanto não servindo para embasar instituto jurídico.

Além das teorias acima, há outras que têm servido como justificadoras da imprevisão. Estão entre elas a **teoria da base do negócio**, de Oertmann, a **teoria do fim negocial**, de Locher, e a **teoria dos fatores objetivos e subjetivos da base do negócio**, de Larenz. Mas elas merecem estudo em separado, dadas suas particularidades, notadamente

---

<sup>101</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 34.

<sup>102</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.). *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 144.

seu distanciamento da noção de imprevisão, “graças à dispensa da qualidade de imprevisível do fato superveniente que deve estar fora das cogitações dos participantes”.<sup>103</sup>

### 3.5.2 Fundamentos para aplicação da teoria da imprevisão

Como foi visto, a doutrina procura fundamentar das mais diversas formas a aplicação da teoria da imprevisão. Alguns entendem que a base da revisão está na própria vontade contratual, outros dizem que está em fatores externos, outros se apegam às noções de direito, à equidade, à moral etc.

O fato é que, no fundo, todas as correntes entendem que o seguimento completo da vontade das partes não pode ser um princípio absoluto, mas sim relativo, que deve ser flexibilizado, dependendo das circunstâncias concretas. “Essa relativização da importância do que foi expressamente querido pelas partes, em determinado momento, faz-se em vistas a finalidades que seriam mais importantes que o mero cumprimento exato do que foi estabelecido ao celebrar-se o contrato”.<sup>104</sup>

E quais poderiam ser essas finalidades, senão a realização da justiça contratual?

A justiça, segundo define Aristóteles, “é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo”. E como o mesmo autor esclarece, “o justo é o proporcional”.<sup>105</sup>

Portanto, o fundamento da revisão judicial de um contrato, ou de outro ato jurídico, está no justo comutativo dos sinalagmas, na igualdade que deve imperar nas relações entre os sujeitos de direito. O sinalagma deve ser considerado a partir da noção do justo (*iustum*), da qual se originou a de direito (*ius*). Assim, a cláusula *rebus sic stantibus* é uma manifestação da justiça contratual, derivada da própria noção do direito como justo.<sup>106</sup>

O sentimento de justiça e as necessidades latentes da Moral, por força, não seriam satisfeitos se o desequilíbrio contratual, provocado pela superveniência imprevista e

---

<sup>103</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 106.

<sup>104</sup> MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33.

<sup>105</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 103 e 110.

<sup>106</sup> MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*, p. 270.

imprevisível, alterando profundamente o ambiente objetivo anterior, devesse perpetuar-se. “Ditam eles, sem necessidade de outro suporte, a norma impeditiva da lesão de um contratante por outro”.<sup>107</sup>

Ressalta ainda Rogério Ferraz Donnini:

É garantia constitucional que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser conhecida e reparada pelo Poder Judiciário. Estatui o art. 5º, n. XXXV, da Constituição Federal: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.

Assim, em havendo desequilíbrio numa relação contratual e estando presentes os requisitos ou pressupostos para a aplicação da teoria da imprevisão, o Estado, por meio do Judiciário, tem de reparar essa lesão, desde, é claro, que a parte interessada se valha do direito de ação, mais precisamente aquela que vise a revisão ou resolução contratual.<sup>108</sup>

### 3.5.3 Pressupostos para aplicação da teoria da imprevisão

Luis Díez-Picazo esquematiza de forma bastante completa os pressupostos para aplicação da teoria da imprevisão, de modo que vale transcrever inteiramente sua lição:

1º A relação obrigatória contemplada há de ser uma obrigação de trato sucessivo, segundo a terminologia da doutrina tradicional, é dizer, o que nós temos chamado uma relação obrigatória duradoura. A regra se aplica também em matéria de relações obrigatórias de execução instantânea, quando seu cumprimento tenha sido diferido para um momento futuro.

2º A relação obrigatória de que se trate, tem de encontrar-se pendente de execução em todo ou em parte. Por regra geral deve entender-se que o desaparecimento da base do negócio afeta ou incide sobre as prestações pendentes de execução, mas não sobre as prestações já executadas.

3º Deve produzir-se um superveniente desaparecimento da base do negócio, que se entende produzido quando concorrem as circunstâncias seguintes:

a) A relação de equivalência ou a proporção entre as prestações se destrói totalmente ou se aniquila, de sorte que já não se possa falar de prestação e contraprestação.

---

<sup>107</sup> MAIA, Paulo Carneiro. *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*, p. 201.

<sup>108</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 70-71.

b) A finalidade comum do negócio, expressada nele, ou a finalidade substancial do negócio para uma das partes, admitida e não rechaçada pela outra, resulta inalcançável.

4º O desaparecimento da base do negócio há de se produzir como consequência de uma alteração das circunstâncias que deva se considerar como extraordinária, em relação com as existentes no momento da celebração do contrato e que, ademais, resultara naquele momento radicalmente imprevista e imprevisível. Não se hão de ter em conta, portanto, as transformações das circunstâncias que foram previsíveis ou que se encontravam na esfera de influência da parte prejudicada.

Pela mesma razão tampouco há de ser tida em conta uma transformação das circunstâncias quando o risco haja sido o motivo determinante do negócio, como sucederia em um contrato aleatório, ou quando a alteração sobrevinda faça parte do risco assumido por uma das partes de acordo com a natureza do tipo do negócio.

5º A alteração sobrevinda das circunstâncias deve determinar um prejuízo que resulte injustificado de acordo com o sistema de responsabilidade estatuído para a obrigação. Por conseguinte, não são tidas em conta aquelas alterações, que repercutem na posição de uma das partes e a prejudicam a causa de um anterior incumprimento ou da violação por ela da obrigação. De maneira especial não podem ser tidas em conta as transformações das circunstâncias que prejudicam o interesse de uma das partes por se encontrar esta em situação de mora”.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Las Relaciones Obligatorias, v. 2, p. 897-898:

“1º La relación obligatoria contemplada há de ser una obligación de tracto sucesivo, según la terminología de la doctrina tradicional, es decir, lo que nosotros hemos llamado una relación obligatoria duradera. La regla se aplica también en materia de relaciones obligatorias de ejecución instantánea, cuando su cumplimiento há sido diferido para un momento futuro.

2º La relación obligatoria de que se trate, há de encontrarse pendiente de ejecución en todo o en parte. Por regla general debe entenderse que la desaparición de la base del negocio afecta o incide sobre las prestaciones pendientes de ejecución, pero no sobre las prestaciones ya ejecutadas.

3º Debe producirse una desaparición sobrevinida de la base del negocio, que se entiende producida cuando concurren las circunstancias siguientes:

a) La relación de equivalencia o la proporción entre las prestaciones se destruye totalmente o se aniquila, de suerte que no pueda hablarse ya de prestación y contraprestación.

b) La finalidad común del negocio, expresada en él, o la finalidad sustancial del negocio para una de las partes, admitida y no rechazada por la otra, resulta inalcanzable.

4º La desaparición de la base del negocio há de producirse como consecuencia de una alteración de las circunstancias que deba considerarse como extraordinaria, en relación con las existentes en el

Tais pressupostos são, em linhas gerais, encampados também pela doutrina nacional.

Arnoldo Medeiros da Fonseca aceita a imprevisão como norma absolutamente excepcional, que somente estaria destinada a operar em benefício do devedor e quando concorressem esses três elementos:

(...) *a*) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; *b*) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; *c*) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista”.<sup>110</sup>

Para Orlando Gomes, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, “o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento, do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito”.<sup>111</sup> Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da *álea* que todo contrato dependente do futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações.

---

momento de la celebración del contrato y que, además, resultara en aquel momento radicalmente imprevista e imprevisible. No han de tenerse en cuenta, por tanto, las transformaciones de las circunstancias que fueron previsibles o que se encontraban en la esfera de influencia de la parte perjudicada.

Por la misma razón tampoco há de ser tenida en cuenta una transformación de las circunstancias cuando el riesgo haya sido el motivo determinante del negocio, como sucedería en un contrato aleatorio, o cuando la alteración sobrevenida forme parte del riesgo asumido por una de las partes de acuerdo con la naturaleza del tipo del negocio.

5º La alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar un perjuicio que resulte injustificado de acuerdo con el sistema de responsabilidad estatuido para la obligación. Por consiguiente, no son tenidas en cuenta aquellas alteraciones, que repercuten en la posición de una de las partes y la perjudican a causa de un anterior incumplimiento o de la violación por ella de la obligación. De manera especial no pueden ser tenidas en cuenta las transformaciones de las circunstancias que perjudican el interés de una de las partes por encontrarse ésta en situación de mora.”.

<sup>110</sup> FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 244.

<sup>111</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 44.

Enfim, segundo Carlos Alberto Bittar, a doutrina e a jurisprudência “são pacíficas em relação à utilização da teoria mencionada no equacionamento de distorções havidas em relações contratuais afetadas por ingerência estatal, ou fatores outros, de força desequilibrante, estranhos às partes”.<sup>112</sup>

### 3.5.3.1 Imprevisibilidade do fato superveniente

Antes da abordagem do tema, cumpre ponderar acerca de pontos relevantes, que dizem respeito à aplicação ou não da teoria nos contratos de execução momentânea, sucessiva ou diferida.

Normalmente, não é de se cogitar da teoria da imprevisão nos contratos de aplicação imediata, isso porque, para verificar-se o fenômeno da imprevisão, “necessário é haver um espaço de tempo entre o acordo e o seu cumprimento, o que não ocorre neste tipo de contrato, pois ambas as partes cumprem ao mesmo tempo o que foi avençado”.<sup>113</sup>

No entanto, o universo dos negócios oferece situações múltiplas, muitas vezes cercadas de peculiaridades específicas, portanto obrigando a uma aferição particularizada, caso por caso, sobre a aplicação ou não da teoria em questão.

Assim, destaca Othon Sidou:

Há contratos de execução continuada que são de prestação imediata; exemplo: as obrigações de não fazer. Há contratos de execução momentânea que são de prestação sucessiva; exemplo: todo aquele que importe começo de execução no ato de conclusão do ajuste, como usualmente a compra e venda a prazo. Há contratos de execução diferida e que são também de prestação futura; exemplo: ainda na compra e venda, o objetivo do *slogan* publicitário ‘compre hoje e só comece a pagar em janeiro’. E há os contratos que são de execução momentânea e de prestação imediata: exemplo: a compra e venda à vista.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> BITTAR, Carlos Alberto. A Intervenção Estatal na Economia Contratual e a Teoria da Imprevisão. In \_\_\_\_\_, *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 42.

<sup>113</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.), *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p. 149.

<sup>114</sup> SIDOU, Othon. *Resolução Judicial dos Contratos...*, p. 112.

Enfim, o que de fato importa neste campo, não é propriamente a natureza do contrato, mas a existência de um lapso de tempo entre a vinculação e a execução contratual e que neste lapso ocorram fatos que possam alterar as condições iniciais, justificando ou não a aplicação da teoria da imprevisão, conforme for o caso.

Já, no que tange propriamente à *imprevisibilidade*, como adverte Carvalho Fernandes, esta não pode ser entendida apenas como impossibilidade de prever a verificação de certos fatos.

Com efeito, é sempre possível prever, em certo sentido, que se verifique uma guerra, ou um cataclismo, ou que um mau ano agrícola provoque alteração nos preços dos produtos alimentares. Se neste sentido se entendesse a imprevisibilidade esta nunca tinha lugar. Por isso, a generalidade dos autores entende que o fato é previsível apenas quando o for como certo ou provável; caso contrário, considera-se imprevisível.<sup>115</sup>

Assim, imprevisível é o que está além dos limites das previsões normais; ou como diz José Alberto dos Reis é “tudo aquilo com que não pode razoavelmente contar-se”.<sup>116</sup>

E mais, “para conceituar a imprevisão no âmbito jurídico, há a necessidade de fundamentação técnica, ou seja, um princípio que só atua no espaço aberto pela excepcionalidade. É mister que seja analisado não apenas o contexto em que ocorreu o evento anormal, mas também as partes envolvidas e o conhecimento dessas partes sobre o acontecimento ocorrido, para que se faça a classificação exata do previsível e do imprevisível”.<sup>117</sup>

É de capital importância lembrar aqui que, em se tratando de relação de consumo, a revisão do contrato não depende da existência de fato superveniente *imprevisível*, mas tão-só de fato superveniente que tornem as prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas (art. 6º, V, CDC). Por tal razão, vê-se desde logo que a revisão adotada pelo Código de Defesa do Consumidor funda-se muito mais na teoria da base do negócio.

---

<sup>115</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 107.

<sup>116</sup> Apud SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord. *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, p.150.

<sup>117</sup> SILVA FILHO, A. M. *Obra citada*, p. 150.

Na hipótese, como leciona Cláudia Lima Marques:

A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.<sup>118</sup>

Ou como diz Rogério Ferraz Donnini, “pode-se asseverar que a teoria da imprevisão foi acolhida pelo CDC, mas com algumas modificações, que dispensam o requisito da incidência de fato extraordinário e imprevisível e objetivam a conservação do contrato de consumo, e não mais apenas sua resolução”.<sup>119</sup>

Humberto Theodoro Júnior entende que a teoria da imprevisão, mesmo após a edição do Código de Defesa do Consumidor, continua condicionada aos “requisitos indispensáveis”, entre estes a existência de evento extraordinário e imprevisível, posto que sem fato extraordinário a prejudicar o devedor, e sem locupletamento por parte do credor, “não há que se cogitar de revisão contratual por onerosidade excessiva, e muito menos em resolução do contrato”.<sup>120</sup>

No entanto, com a devida vênia, tal posicionamento não pode prevalecer, pois não é possível condicionar o direito à revisão a elemento que a lei não exige. Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, portanto, para que se faça a revisão do contrato, basta que *após* ter ele sido firmado surjam fatos que o tornem excessivamente oneroso. “Não se pergunta, nem interessa saber, se, na data de seu fechamento, as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivo para o consumidor”.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 783.

<sup>119</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos...*, p. 195.

<sup>120</sup> THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*, p. 33-34.

<sup>121</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao CDC...*, p. 118.

A jurisprudência tem prevalecido neste sentido, existindo vários julgados do Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo<sup>122</sup> e também do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que a respeito fixou claramente: “O preceito insculpido no inciso V do art. 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor”.<sup>123</sup>

### 3.5.3.2 Ausência de fato imputável ao beneficiário

Para poder invocar a imprevisão, o contratante não pode ser o responsável pelo fato que provocou a alteração de circunstâncias, seja por ação ou por omissão de sua parte. Inadmissível que o contratante pudesse valer-se da imprevisão, se ele próprio foi o causador da modificação na base do negócio, ou se, podendo e devendo fazê-lo, não evitou que essa modificação exercesse influência no contrato.

Também não pode invocar a imprevisão aquele que se encontra em mora, se a prestação se tornou mais gravosa para ele. Nesta hipótese, o devedor suporta o risco, incidindo a regra de que: “*Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa...*” (art. 395, Código Civil/2002).

Todavia, diversa será a situação se a alteração verificou-se anteriormente à mora, mas só vem a ser invocada posteriormente a ela. Nesta situação, não há razão para que o devedor não possa invocar a imprevisão, desde que os elementos que autorizavam a utilização do benefício já se encontravam presentes.

É importante destacar também que não se mostra possível invocar a imprevisão, se os acontecimentos inesperados não atingem o contrato, mas apenas a situação econômica pessoal do devedor. Assim, não se revisa o contrato, se o fator imprevisível atinge apenas a pessoa do devedor, tornando a obrigação onerosa apenas para ele. As

---

<sup>122</sup> Ap. c/ Rev. 594.881-00/6 - 5ª Câmara, Rel. Juiz S. OSCAR FELTRIN - J. 17.4.2001; Ap. c/ Rev. 606.715-00/9 - 5ª Câmara, Rel. Juiz FRANCISCO THOMAZ - J. 23.5.2001; Ap. c/ Rev. 607.425-00/3 - 4ª Câmara, Rel. Juiz CELSO PIMENTEL - J. 26.6.2001; EI 604.840-01/9 - 12ª Câmara, Rel. Juiz ROMEU RICUPERO - J. 9.8.2001.

<sup>123</sup> RESP 370.598-RS - 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - J. 26.2.2002 - DJU de 01.4.2002, p. 186.

condições pessoais do devedor só poderão ser levadas em conta se, eventualmente, “tiverem uma conexão necessária com a própria prestação”.<sup>124</sup>

### 3.5.3.3 Fato fora da álea normal

A dinâmica da vida, com seu interminável suceder de fatos, produz incessantes alterações em nossas relações. Muitas delas refletem no campo jurídico e acarretam conseqüências que, conforme a sua gravidade, podem inviabilizar negócios e contratos. Nem todas, porém, assumem importância tal.

“Cada contrato tem, dentro de si, uma certa carga de incerteza e é para se resguardar desta variabilidade inerente a todo negócio que se firma um contrato. Esta faixa variável é que se denomina álea, ou seja, o risco natural a cada contrato que deve ser suportado pelo contratante prejudicado e que há, até mesmo, naqueles contratos com prestações certas e definidas. Caso o fato superveniente contenha-se na álea normal da contratação, a parte não poderá eximir-se do cumprimento alegando a imprevisão, pois estaria a furtar-se de algo que é inerente ao pacto”.<sup>125</sup>

Partindo-se dessa noção é fácil ver que, em se tratando de contratos tipicamente aleatórios, em princípio, não há que se falar em aplicação da teoria da imprevisão. Os contratos aleatórios ou contratos de sorte “são aqueles em que uma das partes tem também em conta um equivalente de sua contraprestação pecuniariamente aceitável, porém não bem determinado no momento do contrato e dependente de um acontecimento incerto, correndo os contratantes os riscos de ganho ou de perda”.<sup>126</sup>

Todavia, em determinadas situações, mesmo os contratos aleatórios podem ser beneficiados, desde que se poderão verificar alterações que sejam alheias ao seu aspecto aleatório ou até mesmo além da própria extensão da álea do contrato. O que precisa ser lembrado é que, celebrado um contrato em tais condições, inegavelmente as partes assumem risco muito maior, mas não ilimitado. “Portanto, é tudo questão de determinação

---

<sup>124</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 240.

<sup>125</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 114.

<sup>126</sup> SIDOU, Othon. *Resolução Judicial dos Contratos...*, p. 113.

da álea normal do contrato, para saber quando se pode dizer que ela foi superada por determinada alteração de circunstâncias”.<sup>127</sup>

A mesma orientação vale para aqueles contratos onde há cláusula de escala móvel, que serve à atualização automática do contratado segundo os índices escolhidos. A existência dessa cláusula não afasta a aplicação da teoria da imprevisão, posto que podem surgir fatos extraordinários que superem dita cláusula, causando um desequilíbrio contratual grave.

### 3.5.3.4 Onerosidade excessiva

Como ressalta Juan Carlos Rezzónico, o justo equilíbrio constitui elemento imanente ao contrato, porque “cada parte deseja receber da outra uma prestação que, pelo menos, seja de igual valor à sua”.<sup>128</sup> Há, assim, em todo contrato, “a idéia de *justiça igualadora*, isto é, uma nivelção dos interesses contrapostos no sentido de um justo equilíbrio”.<sup>129</sup>

Mas é de ser visto que a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação é relação de equivalência aproximada, pois como ensina o mesmo Autor, “essa igualdade entre o que se dá e o que se recebe *não pode ser identidade plena* (p. ex., dar uma libra de trigo em troca de outra recebida). Isto não teria sentido e por isso não se trata de receber o mesmo, o idêntico, senão algo diferente que, em algum modo, corresponda ao que se entrega, que o compense desde algum ponto de vista”.<sup>130</sup>

Dentro dessa ordem de coisas, é também normal que no curso dos contratos ocorram certas alterações ou variações mínimas, pois isso se coloca dentro da álea normal dos negócios.

<sup>127</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 124.

<sup>128</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios Fundamentales de los Contratos*, p. 314: “...cada parte desea recibir de la otra una prestación que, por lo menos, sea de igual valor a la suya”.

<sup>129</sup> REZZÓNICO, J. C. *Obra citada*, p. 314: “...la idea de *justicia igualadora*, es decir, una nivelación de los intereses contrapuestos en sentido de un justo equilibrio”.

<sup>130</sup> REZZÓNICO, J. C. *Obra citada*, p. 297: “...esa igualdad entre lo que se da y lo que se recibe *no puede ser identidad plena* (p. ej., dar una libra de trigo en cambio de otra recibida). Ello no tendría sentido y por eso no se trata de recibir lo mismo, lo idéntico, sino algo diferente que, en algún modo, corresponda a lo que se entrega, que lo compense desde algún punto de vista”.

Daí, como leciona Pontes de Miranda: “As perturbações mínimas e as perturbações que não importam no enriquecimento *demasiado* de um dos figurantes não têm conseqüências. Quem contrata negocia em um mundo que não é estável. Há, pois, um limite, e aí é que as teorias têm de obter clareza e precisão, sem as quais o direito se faria elástico e ondulante”.<sup>131</sup>

A lei brasileira não define qual é esse limite, ficando ele entregue ao prudente arbítrio do julgador, que para tanto sopesará as circunstâncias de cada caso concreto, verificando o conteúdo do negócio jurídico, a natureza do contrato, os interesses que ele visou satisfazer etc.

O arbítrio judicial, como elegantemente destaca Carlos Aurélio Mota de Souza, “é o fio de ouro que conduz à solução equilibrada de todas as questões do processo”; é o “elemento informativo da discricionariedade, a virtude da prudência ou da razoabilidade, que leva ao acerto mais equânime das decisões”; e é também “quando o juiz faz valer as normas do bem comum e do interesse social”.<sup>132</sup>

Neste campo, aliás, basta um rápido passar de olhos pelos repertórios de jurisprudência para verificar-se que os tribunais não têm admitido a modificação dos termos de um contrato, com base em ligeira variação do equilíbrio contratual, ou em mero retardamento decorrente de dificuldades momentâneas. Ao contrário, exigem-se variações profundas, que destruam a relação de equivalência entre as prestações, gerando o enriquecimento injusto de uma das partes em detrimento da outra.

---

<sup>131</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXV, p. 236.

<sup>132</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz. A Igualdade das Partes e a Repressão ao Abuso no Processo*. Porto Alegre: Fabris Ed., 1987, p. 92.

É verdade, como diz Humberto Theodoro Jr., que não precisa haver um evento catastrófico, uma hecatombe, para que se invoque a teoria da imprevisão nos moldes do CDC. “Mas, também, é óbvio que não se há de permitir a revisão do contrato por qualquer inovação nos dados econômicos que o envolvem, se a inovação for daquelas que fazem parte da álea natural dos negócios patrimoniais. Pensar de modo contrário e aceitar que qualquer alteração da conjuntura negocial possa autorizar a revisão do contrato, equivaleria a destituí-lo de sua força e funções naturais no mundo jurídico”.<sup>133</sup>

De outra parte, é preciso muito cuidado na aferição da dita “onerossidade excessiva”, porque esta não decorre, nem se evidencia, da simples variação de um dado contratual (p. ex.: o aumento no valor da prestação), mas sim da análise do contrato como um todo, principalmente do resultado da sua relação de custo-proveito.

Daí por que Arnaldo Medeiros da Fonseca enfatiza ser necessária “onerossidade excessiva para o devedor e **não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste**” (destaques meus).<sup>134</sup>

Logo, não se pode aceitar irrestritamente o exemplo de “onerossidade excessiva” que tem sido dado por alguns e se refere ao aumento das prestações em contratos de *leasing*, com reajustes pela variação cambial, em face da liberação do câmbio ocorrida em janeiro de 1999. De fato, se só se pensar no “pulo” do câmbio e na perda do valor de nossa moeda, aparentemente “os contratos sofreram acréscimos muito acima do que os consumidores podiam suportar”.<sup>135</sup>

Mas a onerosidade excessiva obviamente não se confunde com o simples aumento da prestação. É preciso, como já dito, analisar o contrato como um todo, principalmente sua relação custo-proveito. Assim, no exemplo acima, em muitos casos, o contrato fora celebrado em 1997 ou 1998, tendo o arrendatário auferido por muito tempo a vantagem da estabilidade artificial do valor do dólar, enquanto outros índices de atualização monetária acompanhavam a inflação. Logo, se o índice de reajuste fosse outro, por certo o valor total

---

<sup>133</sup> THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor...*, p. 34.

<sup>134</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, p. 244.

do contrato seria até superior. Onde, portanto, estaria a “onerosidade excessiva”, se o negócio em causa apresentou resultado melhor do que outras modalidades de financiamento? Noutros casos, ainda, o contrato envolvia produto importado, cotado em dólares, portanto tendo seu preço automaticamente reajustado com o aumento do valor da moeda estrangeira. Houve, assim, vantagem e desvantagem concomitantes, que precisariam ser medidas e compensadas, posto que, sem isso, inviável afirmar-se sacrifício patrimonial ou onerosidade excessiva.

É como leciona Augusto Pino:

Com efeito, não poderá invocar resolução por excessiva onerosidade o devedor que não haja sofrido nenhum dano e muito menos quem, de um acontecimento, geralmente danoso, pudera tirar proveito, posto que não há para ele nenhuma agravação de sacrifício nem nenhuma perturbação de sua potencialidade econômica; porém, deste modo, se volta aos critérios subjetivos dos quais, pelo contrário, se deve prescindir.<sup>136</sup>

Nos casos afetos ao Código de Defesa do Consumidor, é de ser lembrado ainda o disposto no art. 51, § 1º, inciso III, que fornece parâmetros para a consideração da prestação excessivamente onerosa para o consumidor: “*natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso*”.

Assim, nas alterações decorrentes da depreciação da moeda, não basta “a adoção de critério numérico, cabe aos tribunais, com prudente arbítrio, decidir, pelo exame de todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, se há, ou não, flagrante desproporção”.<sup>137</sup>

E neste exame, vale repetir, não se deve ter em consideração apenas a prestação principal, mas “também se deve considerar todos os momentos acessórios e instrumentais,

---

<sup>135</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao CDC...*, p. 118.

<sup>136</sup> PINO, Augusto. *La Excesiva Onerosidad de la Prestacion*, p. 54: “En efecto, no podrá invocar la resolución por excesiva onerosidad el deudor que no haya sufrido ningún daño y mucho menos quien, de un acontecimiento, generalmente dañoso, pudiera sacar provecho, puesto que no hay para él ninguna agravación del sacrificio ni ninguna perturbación de su potencialidad económica; pero, de este modo, se vuelve a los criterios subjetivos de los que, por el contrario, debe prescindirse”.

<sup>137</sup> GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, p. 105.

como se constituíssem uma unidade orgânica, e, por outra parte, nenhum de tais momentos pode ser valorado de um modo autônomo, sem considerar o principal”.<sup>138</sup>

### 3.5.4 Efeitos da aplicação da teoria da imprevisão

Leciona Luis Díez-Picazo: “A doutrina e a jurisprudência oscilam entre a atribuição de um efeito resolutorio ou extintivo da relação contratual ou um efeito simplesmente modificativo, de reajuste ou de revisão, encaminhado a “compensar o desequilíbrio das prestações””.<sup>139</sup>

Pesquisando no direito comparado, Rogério Ferraz Donnini aponta que, no plano internacional, a teoria da imprevisão tem duas correntes: “a dos países que a admitem (corrente revisionista) e a daqueles considerados anti-revisionistas. Alemanha, Itália, Portugal, Suíça, Polônia, Holanda, Argentina, Bolívia, Peru e Paraguai, dentre outras nações, seguem a primeira corrente. França, Bélgica, Japão e Uruguai, dentre outros países, seguem a corrente que não aceita a tese revisionista”. E registra, ainda, “que dois países não se enquadram em qualquer dessas correntes: os Estados Unidos da América e a Inglaterra”.<sup>140</sup>

No Brasil, admite-se a revisão contratual, inclusive estando ela expressamente consagrada no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V) e no Código Civil de 2002 (arts. 478 a 480). Tal solução parece-me realmente a melhor, pois a resolução do contrato, pura e simples, poderia contrariar os próprios interesses da parte prejudicada, haja vista não se poder excluir a hipótese de ser-lhe conveniente a manutenção do contrato, independentemente da revisão, preservando assim efeitos ou relações já consumadas e que podem ser de capital importância para si ou para terceiros.

---

<sup>138</sup> PINO, Augusto. *La Excesiva Onerosidad de la Prestacion*, p. 86: “En la determinación del equilibrio originario de las prestaciones también deben considerarse todos los momentos accesorios e instrumentales, como si constituyeran una unidad orgánica, y, por otra parte, ninguno de tales momentos puede ser valorado de un modo autónomo, sin considerar el principal”.

<sup>139</sup> Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, p. 899: “La doctrina y la jurisprudencia oscilan entre la atribución de un efecto resolutorio o extintivo de la relación contractual o un efecto simplemente modificativo, de reajuste o de revisión, encaminhado a ‘compensar el desequilibrio de las prestaciones’”.

<sup>140</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 23.

Adota-se aqui, ainda, um sistema misto, que a meu ver é o mais adequado à espécie, posto que procura de todo modo preservar o contrato, só optando pela sua resolução se a revisão mostrar-se inoperante ou se for impossível amoldar ou integrar as alterações ao suporte primitivo do negócio, de modo a permitir a consecução da finalidade contratual almejada pelas partes.

Assim, sendo possível uma revisão equitativa, e mostrando-se a outra parte disposta a aceitá-la, não é de se dar guarida à pretensão de resolução do contrato, posto que isso contraria até mesmo o fundamento central da teoria da imprevisão, cuja fórmula tradicional “mostrava que o contrato deve ser cumprido *rebus sic stantibus*, ou seja, que, se se alteram as circunstâncias em que ele foi celebrado, deve a parte prejudicada ter direito de restituir ao contrato o sentido que tinha no momento da celebração”.<sup>141</sup>

Nada impede que essa revisão seja feita pela via extrajudicial, diretamente entre as partes, nos termos propostos, discutidos e que venham a ser aceitos por elas, soberanas que são de seus interesses. A propósito, bem adverte Mosset Iturraspe: “quando há acordo de partes o juiz não se pode apartar do mesmo; não pode fazer tirar sua própria concepção do negócio à visão dos celebrantes”.<sup>142</sup>

Na falta de acordo entre as partes, a revisão deve ser feita pela via judicial, por meio de ação própria, proposta por quem dela quer beneficiar-se, isso porque no nosso direito a teoria da imprevisão não atua *ipso jure*.

Em se tratando de relações de consumo, tanto o consumidor como o fornecedor têm legitimidade para pedir a revisão contratual. A despeito de ter sido criado para a defesa do consumidor, o respectivo Código não nega ao fornecedor esse direito. Ao contrário, dispõe que, entre os princípios da “Política Nacional de Relações de Consumo”, está a “*harmonização dos interesses*” dos seus participantes, “*sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*” (art. 4º, III - grifei), isso sem

---

<sup>141</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 133.

<sup>142</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos en Dólares*, p. 69: “(...) cuando hay acuerdo de partes el juez no se puede apartar del mismo; no puede hacer privar su propia concepción del negocio a la visión de los celebrantes”.

contar que também autoriza a resolução do contrato quando, “*apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes*” (art. 51, § 2º - grifei).

A revisão pelo juiz nem sempre implicará modificação de cláusulas do contrato. Pode ser que a alteração seja apenas temporária e o interesse na revisão se restrinja a resolver situações circunstanciais, ou que comportem solução mais adequada pela via do ressarcimento dos prejuízos verificados.

De toda sorte, o papel revisor do juiz deve buscar o reencontro do equilíbrio que conduza ao fim colimado pelas partes quando firmaram o contrato, produzindo assim efeitos para atender aos prejuízos emergentes das alterações que se tenham invocadas. Ou como insiste Mosset Iturraspe: “o juiz não deve ceder à tentação de *fazer um contrato perfeitamente equilibrado*, senão conformar-se com buscar o equilíbrio querido pelas partes”.<sup>143</sup>

Em regra, os efeitos da revisão projetam-se para o futuro, ou para o que está por cumprir. Mas há entendimentos de que, mormente nas relações de consumo, seria possível a revisão em qualquer das fases do contrato. Neste sentido, Cláudia Lima Marques afirma:

O controle do conteúdo da relação de consumo contratual autorizado pelo CDC se mostra possível mesmo com o contrato findo, segundo a jurisprudência, pois absoluta a nulidade e (pós) eficaz o paradigma da boa-fé. Note-se aqui a força do princípio da boa-fé objetiva no novo direito dos contratos, força que permite, ao exemplo da pós-eficácia dos deveres anexos (de sigilo, de cooperação, de cuidado e de não-concorrência), uma pós-eficácia do controle do sinalagma inicial (!), do equilíbrio econômico da relação e da licitude dessas cobranças abusivas, mesmo quitado o contrato, realizado - teoricamente - o seu fim principal.<sup>144</sup>

Com todo respeito, porém, parece-me que não se pode falar propriamente em “revisão” de contrato findo, pois como já se decidiu “A extinção da relação obrigacional

---

<sup>143</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Obra citada*, p. 70: “ (...) el juez no debe ceder a la tentación de *hacer un contrato perfectamente equilibrado*, sino conformarse con buscar el equilibrio querido por las partes”.

<sup>144</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 975.

torna inócua a pretensão de alterar cláusulas e condições do instrumento que a figurou, porque, enfim, não há como modificar o que já não existe”.<sup>145</sup>

No máximo, seria cabível a discussão por pagamentos parcial ou totalmente indevidos, porquanto é da jurisprudência, inclusive no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que aquele que recebeu o indevido deve restituir, “sendo certo que se não pode considerar pagamento voluntário quando é ‘efetuado para evitar possíveis constrangimentos’”.<sup>146</sup>

A propósito, assegurando a possibilidade de discussão a respeito de contratos já encerrados, o mesmo E. Superior Tribunal de Justiça também editou a Súmula 286, no teor seguinte: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão de dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Por outro lado, o princípio que domina a imprevisão não é o de “fazer transitar os danos excepcionais de um dos contraentes para o outro, mas apenas que se aceita, na medida do possível, uma idéia de repartição dos danos emergentes da superveniência de circunstâncias que afetaram extraordinariamente a economia do contrato”.<sup>147</sup>

E, de fato, conforme precisa lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca, “quando a superveniência imprevista apenas acarreta para o devedor uma onerosidade maior, mas em nada vem melhorar a situação do credor, que apenas pretende os benefícios esperados e decorrentes do contrato, não haverá iniquidade nenhuma em exigir do primeiro o cumprimento da obrigação livremente assumida, pois o direito, no conflito de interesses a que aquela dá lugar, não tem nenhuma razão para preferir o sacrifício do segundo”<sup>148</sup>.

Ou como diz Humberto Theodoro Jr., fundado em jurisprudência que cita:

A função da teoria da imprevisão, na espécie, é a de restabelecer o equilíbrio contratual, de sorte que não haverá lugar para a revisão das

---

<sup>145</sup> 2º TA CIVIL SP – 6ª Câm. - AI n.º 529.005. Rel. Juiz CARLOS STROPPA – j. 24.6.98.

<sup>146</sup> STJ – 3ª Turma. REsp n.º 317.922-RS. Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – j. 18.12.2001 – DJ: 01.04.2002, p. 183.

<sup>147</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 132

<sup>148</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 243.

bases do negócio se o ônus de que se queixa o consumidor não corresponder a um injustificável acréscimo de vantagens para o fornecedor. É inaceitável pretender-se melhorar a situação do consumidor à custa de prejuízo a ser transferido para o fornecedor. ‘Preocupar-se com apenas uma das partes, ignorando por completo os efeitos que a decisão judicial poderá ter em relação à *ex adversa*, por certo não coaduna com a noção de jurisdição responsável e com o sagrado princípio da igualdade de tratamento’ (TJDF, Cons. da Mag., Ag. 1999.00.2.000303-7, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> NANCY ANDRIGHI, ac. 26/02/99, *Rev. de Dir. Banc. e do Merc. de Cap.*, v. 5, p. 181).<sup>149</sup>

De outra parte, se a revisão não se fizer possível, o contrato terá de ser resolvido, restituindo-se as partes ao estado anterior, com as compensações necessárias. Em princípio, inexistindo culpa, não há que se falar em indenização por eventuais danos. Mas só o exame de cada caso concreto é que poderá ditar a justa solução.

### 3.6 Teoria da base do negócio

O jurista português António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro relata que no termo da sua vida, Windscheid fizera uma última tentativa para defender a sua teoria da pressuposição, perante o vento da época, desfavorável. Dissera, a esse propósito: “‘É minha convicção firme que a pressuposição, tacitamente expressa, far-se-á sempre valer de novo, faça-se o que se fizer contra ela. Expulsa pela porta, ela volta pela janela’”. Muito citada, a profecia de WINDSCHEID concretizar-se-ia para além das expectativas de seu Autor. Em primeira linha, isso aconteceria através da teoria da base do negócio, de OERTMANN”.<sup>150</sup>

De fato, a teoria de Paul Oertmann, lançada em 1921, retoma a teoria de Windscheid e procura corrigir suas falhas de concepção, buscando distinguir, principalmente, a pressuposição e o motivo do contrato.

Como explica Othon Sidou:

A diferença entre a teoria da pressuposição, tal como a montou Windscheid, e o substitutivo do também notável jurista alemão OERTMANN está em que naquela a pressuposição é unilateral, ou de uma só das partes, ao passo que a ‘teoria da base do negócio jurídico’ assenta não em reservas mentais isoladas, mas erige a pressuposição

<sup>149</sup> THEODORO JR., Humberto. *O Contrato e seus Princípios*, p. 77.

<sup>150</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 1.032.

como um de seus fatores, como intenções subjetivas recíprocas. Trata-se agora de uma pressuposição, melhor dizer, um subentendimento bilateral.<sup>151</sup>

Assim, para Oertmann, os negócios se firmam sobre certos fundamentos – certa base – que representam algo de comum a ambas as partes. Estes fundamentos diferem dos motivos, que são unilaterais e “representam uma realidade meramente psicológica, que se prende, quando muito, apenas a uma declaração negocial e não ao contrato no seu todo”.<sup>152</sup>

Na definição de Oertmann a base do negócio seria “...a representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela contraparte eventual, no seu significado, ou a representação comum de várias partes da existência ou do surgimento futuro de certas circunstâncias sobre cuja base se firma a vontade negocial”.<sup>153</sup>

Portanto, como se vê, por essa teoria, as partes querem que os efeitos do negócio dêem-se a partir de certos fatos e circunstâncias nos quais se baseia a vontade negocial. Ao se afastar essa base do negócio, estar-se-ia contra o desejo e o interesse das partes, portanto não podendo subsistir o que foi contratado.

### 3.6.1 Origem e evolução

A doutrina que deu origem à teoria da quebra da base do negócio teria surgido no direito inglês. Referência marcante foram os chamados “*coronation cases*”, série de casos onde pessoas que haviam alugado cadeiras, janelas e embarcações para ver o cortejo de coroação do Rei Eduardo III viram seu desiderato frustrado, pois a coroação foi adiada por motivo de doença do rei. De todos os casos, o mais citado é, por sua vez, *Krell v. Henry*, onde se desobrigou o locatário do pagamento devido porque a finalidade do contrato tinha sido especificamente a coroação.

Outros precedentes tiveram sua importância, como por exemplo o caso *Paradine v. Jane*, julgado pelo Kings Bench, em 1647, que tratava do pedido de um locatário para desobrigar-se do pagamento do aluguel, porque o exército havia invadido o imóvel

---

<sup>151</sup> SIDOU, Othon. *Resolução Judicial dos Contratos...*, p. 37.

<sup>152</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé...*, p. 1.033.

<sup>153</sup> *Apud* MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 1.033.

alugado. Também o caso *Taylor v. Caldwell*, julgado pelo Queens Bench, em 1863, que se referia à locação de um *music hall* para uma série de espetáculos e, depois de feito o contrato e antes do início dos shows, o local sofreu um incêndio, sem culpa dos contratantes.

Foi na Alemanha, entretanto, que a teoria da base negocial ganhou aprofundamento dogmático e contornos mais precisos. Em 1850, Bernhard Windscheid construiu a célebre *teoria da pressuposição* e a partir dela foram desenvolvidas outras teorias que levaram à configuração da moderna *teoria da quebra da base do negócio jurídico*.

Como atrás adiantado, coube a Paul Oertmann o desenho inicial da teoria da base negocial. Mas a sua teoria foi alvo de muitas críticas, as quais centram-se na alegada natureza subjetiva da base do negócio oertmanniana: “assente num juízo psicológico das partes, ela não daria resposta aos casos em que houvesse recusa, pela contraparte, da base reconhecida, nem às hipóteses – frequentes em situações de alteração grave – nas quais as partes não tenham tido qualquer representação da circunstância atingida, de tal forma a sua manutenção se afigurara evidente”<sup>154</sup>.

A tese de Oertmann recebeu reparos de vários autores, especialmente de Locker, Rhode, Krückmann e Fulterer.

Locker buscou a objetivação da teoria, propondo a base do negócio através do escopo deste, ou conforme sua definição: “...o conjunto daquelas circunstâncias, sem cuja existência, manutenção ou verificação futura o escopo prosseguido pelo negócio e determinado de acordo com o seu conteúdo, não pode ser obtido através do negócio, apesar de ele ter sido devidamente concluído e ainda que se realize o sacrifício exigível às partes, segundo o conteúdo negocial”<sup>155</sup>.

Rhode novamente pendeu para o subjetivismo, na medida em que, na base das posições que assume, “coloca a estrutura lógica da declaração de vontade, o que lhe

---

<sup>154</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé...*, p. 1.040.

permite equacionar o problema dos motivos, o erro de exteriorização, o erro sobre a pressuposição e sobre o conteúdo”.<sup>156</sup>

Krückmann, após oscilar entre as posições objetivas e subjetivas, acabou, segundo afirma Menezes Cordeiro, “por assumir a própria pressuposição de Windscheid, tentando rejuvenescê-la: assim ela implicaria uma reserva virtual, no sentido de uma limitação da própria vontade, manifestada expressa ou tacitamente – ‘eu não concordaria se não aceitasse que...’ – ou não manifestada, mas imanente”.<sup>157</sup>

E Fulterer faz “apelo à interpretação do contrato, para determinar quais os fatos relevantes para integrarem a base do negócio, depois de ter focado a importância do escopo”.<sup>158</sup>

Posteriormente, ponderando sobre as teorias acima, Karl Larenz tentou uma reformulação, engendrando então a teoria dos fatores objetivos e subjetivos da base do negócio. Para ele, a base do negócio pode ter os dois sentidos. A base subjetiva traduziria a representação mental ou a esperança de ambos contratantes, pelas quais se tenham desejado guiar ao concluir o contrato. A base objetiva corresponderia ao conjunto das circunstâncias cuja existência ou manutenção, com ou sem consciência das partes, é objetivamente necessária para que o contrato possa subsistir como regulação dotada de sentido.<sup>159</sup>

Dentro dessa ótica, na base subjetiva, inserem-se os motivos do negócio, afetos à teoria dos vícios da vontade, enquanto na base objetiva visualiza-se os fins do contrato, especialmente a possibilidade deles serem atingidos.

Luís Renato Ferreira da Silva registra que a atual jurisprudência alemã tem-se afastado “daquelas circunstâncias apontadas por Larenz como de perda de equivalência

---

<sup>155</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé...*, p., p. 1.035.

<sup>156</sup> CORDEIRO, A. M. R..M. *Obra citada*, p. 1.036.

<sup>157</sup> CORDEIRO, A. M. R.. M. *Obra citada*, p. 1.037.

<sup>158</sup> CORDEIRO, A. M. R.. M. *Obra citada*, p. 1.042.

<sup>159</sup> LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos. Trad. p/ Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Ed. Comares, 2002, p. 210-211.*

entre as prestações”. Segundo ele, pode-se notar, “dentro da evolução atual da doutrina alemã uma tendência a privilegiar a definição prévia dos riscos acentuando um aspecto (distribuição dos riscos) que não fora inicialmente cogitado, mas que está inserido entre os requisitos necessários para poder-se valer da teoria da base”.<sup>160</sup>

Vê-se que a tendência a objetivar a teoria da base é a senda natural, uma vez que ela se diferencia da teoria da imprevisão, que privilegia as antevisões de cada qual dos contratantes. Assim, a configuração dos pressupostos para ocorrência da base, nos ordenamentos que a contemplam, refletem o resultado da evolução histórica supra elencada até mesmo abarcando o critério da distribuição de riscos por último aventado.

### 3.6.2 Fundamentação jurídica da doutrina

Em seu estudo “A Teoria da Base do Negócio no Direito Brasileiro”, Clóvis do Couto e Silva diz que a fundamentação sistemática dela “está no princípio da boa-fé, podendo o juiz, no caso de rompimento da base objetiva do contrato, adaptá-lo às novas realidades, ao mesmo tempo que atribui ao contratante prejudicado o direito de resolver o contrato”.<sup>161</sup>

De fato, a existência de uma regra de conduta segundo a boa-fé não admite prejuízos graves, infligidos pela via contratual. “O Direito não procura uma igualdade negocial absoluta como regra: basta ver que admite a figura de negócios gratuitos. Mas o desequilíbrio deve ser esclarecido e livremente querido por quem o sofra”.<sup>162</sup>

Portanto, no caso de alteração das circunstâncias, impõe-se também a alteração do conteúdo contratual, pois “fere a igualdade perante o sistema que uma pessoa, em conjunturas diferentes se submeta a regulações imutáveis. A boa-fé exprime, no sistema privado e em situações relativas as exigências de igualdade”<sup>163</sup>.

### 3.6.3 Situações de quebra da base do negócio

---

<sup>160</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos...*, p. 137.

<sup>161</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. A Teoria da Base do Negócio no Direito Brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, v. 655, p. 7-11, maio 1990.

<sup>162</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé...*, p. 651.

<sup>163</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé...*, p. 1.112.

Pela teoria em estudo, o contrato não pode subsistir se a sua base se desfaz, ou perde o sentido, em virtude da alteração das circunstâncias, previsíveis ou não. Obviamente que a efetiva verificação da destruição da base do negócio exige interpretação construtiva de cada caso concreto, pois só assim é que se poderá saber se o fim do contrato ainda pode ser alcançado.

De um modo geral, porém, pode-se dizer que há destruição da base do negócio, se verificadas as condições seguintes: a) se a mudança das circunstâncias provocar flagrante desproporção entre as prestações (destruição da relação de equivalência); b) se a alteração das circunstâncias não é imputável a quem a invoca, ou se esta parte não assumiu expressamente o risco; c) se a modificação das circunstâncias tornar insuportável o cumprimento da obrigação.

Flagrante desproporção exige alterações sérias, de monta, que interfiram e comprometam o contrato em seu todo, sacrificando a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação, de tal modo que torne impossível ou irrealizável o fim contratual.

Se o contratante provoca a ocorrência do fato que acarreta a alteração das circunstâncias, ou se não o evita, ou o atenua, podendo fazê-lo, por óbvio não pode beneficiar-se, posto que isto fere o dever de atuar com boa-fé.

Por outro lado, quem conscientemente assume um risco deve suportá-lo. Todavia, é necessário verificar se a alteração das circunstâncias está ou não nos limites do risco admitido. Nos contratos aleatórios, por exemplo, é da natureza do negócio a assunção de riscos, mas nem por isso a parte ficará proibida de invocar a quebra da base do negócio. Pode suceder situações em que as alterações sejam de tal ordem que superem a expectativa ou a possibilidade de previsão pelas partes.

E, de resto, a mudança de circunstâncias deve tornar insuportável ao devedor o cumprimento da obrigação, impondo-lhe sacrifícios que ultrapassam os limites do seu

dever de esforço. Esse requisito, como diz Orlando Gomes, “não comporta delimitação objetiva; inexistente critério para determinar-se com objetividade, por outras palavras, quando a prestação deixa de ser suportável para o devedor”.<sup>164</sup> Mas é lógico que a impossibilidade absoluta ou objetiva de cumprir a obrigação não pode ser “nenhum requisito de rigor absurdo e desumano”. (...) O juiz, assim, não fechará os olhos à realidade, não deixará de atender às efetivas possibilidades humanas; mas procurará encarar *objetivamente* o caso concreto, em toda a sua *generalidade*, tendo em vista a conduta normal de um *homem-tipo*”.<sup>165</sup>

### 3.6.5 Efeitos da aplicação da teoria da base do negócio

A aplicação da teoria da quebra da base do negócio pode gerar efeitos diversos, conforme for o caso, os quais seguem na linha daqueles reservados para a teoria da imprevisão, ou seja, resolução ou revisão do contrato.

Em se tratando de contrato unilateral, em princípio caberá apenas a revisão, tal qual dispõe o art. 480 do Código Civil de 2002: “*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*”.

Já nos contratos bilaterais, pode o juiz pronunciar a resolução, salvo se o credor se dispuser a aceitar a revisão. No caso de revisão, se não houver acordo entre as partes, caberá ao juiz decidir a controvérsia, determinando em quanto deverá ser aumentada ou diminuída a prestação, de modo a restabelecer o equilíbrio contratual.

Desde logo se vê, portanto, que a revisão haverá de ser presidida pela idéia de equidade, pois a sua finalidade é a de obter um resultado justo, capaz de afastar a grave violação do princípio da boa-fé, que adviria do cumprimento exato do contrato.

Isso significa que a revisão nem sempre poderá garantir uma total recuperação da posição negocial do contratante prejudicado, tal como ele se encontrava na celebração do

---

<sup>164</sup> GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, p.106.

<sup>165</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito...*, p. 240.

contrato, pois “a modificação deste não tem de por o lesado a coberto de todos os danos que a alteração das circunstâncias para ele acarreta e, muito menos, de recompor os lucros que ele esperaria obter do negócio”.<sup>166</sup>

Se fosse assim, na verdade não se estaria fazendo revisão, mas uma transferência total dos riscos e encargos para a outra parte, o que também consistiria grave atentado à boa-fé.

Cumpra ao juiz, ao decidir o caso concreto, tomar em consideração todas as suas circunstâncias, especialmente o comportamento e o risco de cada parte na execução do contrato e ainda, “de algum modo, *olhar para além dele*, isto é, procurar descobrir, nos seus termos concretos, o que seja a explicitação de uma questão geral, por forma a encontrar uma solução que, (...) possa, de futuro, vir a ser aplicada a ‘todos os casos que mereçam tratamento análogo’”.<sup>167</sup>

De resto, ainda que sobreleve o princípio da conservação do contrato, não é dado ao juiz, de ofício, decretar a revisão, se só a resolução tiver sido pedida e a outra parte lhe não opuser a modificação. Ao juiz é vedado substituir-se à vontade das partes, pois a ele compete decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128, CPC).

---

<sup>166</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 302.

<sup>167</sup> FERNANDES, L. A. C. *Obra citada*, p. 307.

## Conclusões

1. A teoria contratual clássica assentou-se basicamente na suposição de que os homens são livres e iguais entre si. Em tais condições, teriam ampla liberdade de contratar, só limitada por razões de ordem pública e pelos bons costumes. Assim, podendo escolher como e com quem contratar, bem como discutir livremente todas as condições contratuais, de modo a convencionar aquilo que melhor lhes aproovessem, as partes por certo chegariam ao equilíbrio das prestações, resultando daí um contrato sempre justo.

E sendo justo o contrato, porque livremente querido e ajustado pelas partes, a estas não restava alternativa senão a de cumprir o pactuado, ainda que isso as levassem à ruína. A palavra empenhada tinha força de lei entre as partes e não podia ser retirada nem modificada, salvo por consentimento mútuo. A força obrigatória do contrato era tanta que, dizia-se, “nenhuma consideração de equidade” autorizava o juiz a modificar o seu conteúdo.

2. Os tempos mostraram, entretanto, que o declarado nem sempre é justo. E não o é por muitas e variadas razões, entre estas, especialmente, a verdade de que, em muitas oportunidades, a igualdade e a liberdade de contratar são apenas teóricas.

As necessidades insatisfeitas, as inseguranças, a falta de conhecimento ou de meios e outras carências vão gerando as desigualdades econômicas e sociais e colocando algumas pessoas na contingência de terem de se submeter à vontade de outras. Assim, o empregado, o inquilino, o mutuário, o usuário etc., premidos por invencíveis dificuldades, não têm voz nem poder de negociação e acabam obrigados a aceitar as condições que lhes são impostas, no mais das vezes demasiadamente rigorosas ou onerosas.

Em tais situações, a igualdade de direito sofre pela desigualdade de fato, evidenciando a necessidade de proteção dos fracos, de modo a impedir que sejam espoliados pelos fortes.

A nova teoria contratual busca exatamente isso: corrigir o equívoco de considerar iguais perante a lei aqueles que estão em situações muito diferentes; ou seja, tratar igualmente os desiguais. Busca estabelecer um conceito mais justo e mais exato da liberdade de contratar, fundado no primado do social sobre o individual, nas idéias de solidariedade e de equidade e nas teorias humanizadoras do direito, tais como a da lesão, a do abuso de direito, a do enriquecimento sem causa e a da imprevisão. Na nova teoria busca-se, enfim, a efetiva realização da justiça contratual, que se traduz e se afirma na relação de equivalência, no intercâmbio justo entre as partes.

3. As exigências da moderna economia de massa, sobretudo a necessidade de fazer frente ao extraordinário volume de negócios gerados pela crescente produção, distribuição e consumo de bens, obrigou mais um avanço na teoria dos contratos.

A concepção inicial do contrato como “consenso”, isto é, “encontro de vontades” revelou-se anacrônica, posto que o mundo moderno, tão apressado, já não tinha tempo para longas negociações. Em muitos casos, isso tornou-se até mesmo impossível, como por exemplo naqueles em que a oferta ao público é feita através de uma máquina distribuidora de bens de consumo ou de bilhetes que legitimam à fruição de um serviço. Assim, na formação de certos contratos, o evento psíquico da “fusão de vontades” cedeu lugar à simples verificação da objetiva correspondência de comportamentos humanos a um modelo legal, ou seja bastando um “comportamento socialmente tipicizado”.

A relação contratual de consumo, assim entendida, no direito brasileiro, aquela entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou a utilização de serviços com destinação final, passou a ter dimensão própria. Suas particularidades e complexidades exigiram disciplinamento próprio, que ganhou lugar no Código de Defesa do Consumidor, mas neste não se esgota, pois como ressalvado em seu artigo 7º, os direitos nele previstos *“não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”*.

4. A realidade mostra o consumidor como a parte vulnerável na relação de consumo, visto que normalmente não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que está adquirindo, ou sobre a relação jurídica que assume, e nem lhe é dado discutir o conteúdo do contrato.

Por outro lado, a massificação do consumo gera direitos que vão além do indivíduo, projetando-se na coletividade, posto que basta um produto defeituoso, uma publicidade enganosa, ou que se instale qualquer prática comercial abusiva, para que milhares ou milhões de pessoas possam ser afetadas em seus interesses, umas mais outras menos, sendo quase impossível identificá-las no universo de consumidores, para dar-lhes a devida reparação ou compensação pelos danos sofridos.

Portanto, nas relações de consumo não se pode pensar apenas no controle posterior do contrato. A natureza jurídica do direito envolvido, de ordem pública, exige uma proteção mais abrangente do consumidor, desde a formação até a execução do contrato e, em algumas vezes, até mesmo na fase pós-contratual.

5. A revisão contratual nunca foi pacificamente aceita. Entre os argumentos que lhe são contrários, dois se destacam: a) a necessidade de preservar a segurança jurídica; e b) a afirmação de que “contratar é prever”, portanto não se podendo invocar fatos supervenientes como fundamento de ação de revisão do contrato celebrado.

Mas tais argumentos não logram sucesso. Segurança jurídica não significa imutabilidade absoluta, até porque a própria vida não é estática, mas dinâmica, impondo uma constante adaptação de tudo e de todos. Como valor jurídico, a segurança serve e se aplica a ambas as partes do negócio e não só a uma delas, portanto sendo legítima, tanto ao credor como ao devedor, a expectativa de manutenção da equivalência das prestações. Por outro lado, não resta dúvida de que “contratar é prever”, mas prever o que é previsível, o que pode, ou deve, ser conhecido de antemão, e não o que é fortuito, o que está além da ordem normal das coisas.

Assim, se no curso da execução sobrevem alteração das circunstâncias que as partes tiveram em vista, expressa ou implicitamente, como necessárias à consecução do fim contratual, a revisão torna-se possível, como imperativo de justiça.

A idéia vem do direito antigo, fundada na teoria de que, nos contratos de trato sucessivo ou que dependem de um fato futuro, existe uma vontade implícita das partes subordinando a continuação do contrato à manutenção do *status quo*. Dizia-se existir uma cláusula implícita, pela qual o contrato obrigava enquanto as coisas continuassem como estavam (*rebus sic stantibus*) ao tempo da contratação.

Várias construções doutrinárias procuraram aperfeiçoar esta fórmula, surgindo então a atual *teoria da imprevisão*, pela qual admite-se a revisão judicial do contrato, ou até mesmo a sua resolução, quando fatos supervenientes imprevisíveis e extraordinários acarretam radical alteração na economia do contrato, causando onerosidade excessiva para uma das partes e benefício injusto e exagerado para a outra.

**5.1** A teoria da imprevisão não se confunde com outros institutos que também levam à revisão do contrato, como a cláusula de escala móvel, o caso fortuito ou de força maior, o enriquecimento sem causa, a lesão enorme, o abuso de direito e as cláusulas abusivas.

Na *cláusula de escala móvel*, os próprios contratantes estipulam, na celebração do contrato, a fórmula de revisão automática, em função da variação de preços, inflação etc., ao passo que a revisão judicial se dá por provocação do interessado, em ação própria. A existência da referida cláusula não afasta a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, posto que fatos extraordinários podem superar a previsão feita e causar grave desequilíbrio na equivalência das prestações.

No *caso fortuito ou de força maior*, existe a inevitabilidade do acontecimento, que produz a liberação do contratante quando houver impossibilidade absoluta ou objetiva de executar; já, na teoria da imprevisão, como o próprio nome evidencia, há apenas a

imprevisibilidade e se atende também à impossibilidade subjetiva ou onerosidade excessiva da prestação.

O *enriquecimento sem causa* caracteriza-se pela ausência de fundamento, ou de relação jurídica, que justifique a transferência de valores de um patrimônio para o outro; enquanto na imprevisão é indispensável a existência de um contrato entre as partes, onde uma delas sofre prejuízo e a outra, eventualmente, obtém vantagem indevida.

Na *lesão*, há um comportamento que vicia o contrato, pois em sua celebração uma das partes age com o intuito de obter lucro excessivo, aproveitando-se da inexperiência ou necessidade da outra parte, decorrendo daí a nulidade total ou parcial da avença. Já, na teoria da imprevisão, não há irregularidade alguma na formação do contrato; um fato posterior, imprevisível ou imprevisível, é que o torna injusto, demasiadamente oneroso para uma das partes.

O *abuso de direito* ocorre quando se exerce de maneira anormal um direito, causando prejuízo a outrem; ou seja, quando uma parte, embora praticando o ato aparentemente dentro da lei, usa ou excede o fim que o Direito tinha em vista ao conferir o direito subjetivo ao seu titular. Na teoria da imprevisão, ao contrário, o prejuízo advém de acontecimento superveniente, imprevisível, sem participação das partes.

Por fim, as *cláusulas abusivas* também constituem vício concomitante à própria formação do contrato, havendo entendimento no sentido de que seriam uma “especialização” do fenômeno do abuso do direito ou, no mínimo, neste teriam “inspiração próxima”.

**5.2** Os pressupostos para aplicação da teoria da imprevisão são basicamente os seguintes: *a*) a existência de um contrato que se projete no tempo (trato sucessivo, execução continuada ou diferida); *b*) um acontecimento superveniente imprevisível que altere de forma radical as circunstâncias; *c*) que este fato esteja fora da álea normal do contrato; *d*) que não seja imputável ao beneficiário; e *e*) que acarrete onerosidade excessiva.

A existência de um tempo entre a vinculação e a execução do contrato é exigência óbvia, pois é neste tempo que podem ocorrer as modificações das circunstâncias. Logo, mesmo os contratos de execução imediata podem, eventualmente, dar ensejo à aplicação da teoria (p. ex.: o contrato de execução instantânea que, por alguma razão alheia ao prejudicado, tenha se estendido no tempo, sobrevindo então a onerosidade excessiva).

Por imprevisibilidade deve-se entender o que está além dos limites das previsões normais, tendo-se em conta os padrões de um homem médio. Ou em outras palavras: o fato será previsível apenas quando o for como certo ou provável; caso contrário, deverá ser considerado imprevisível.

A alteração das circunstâncias precisa ser relevante, de maneira a afetar significativamente a economia contratual, quebrando a relação de equivalência prestação/contraprestação.

O fato superveniente tem de exceder a álea normal do contrato, pois até esta medida o risco é inerente ao pacto. Disso decorre que, em determinadas situações, mesmo os contratos aleatórios podem ser beneficiados pela teoria da imprevisão, porque as partes não podem responder senão por aquilo que assumiram. Logo, se um fato extraordinário supera a álea ou o risco próprio do contrato, é injusto negar o direito à revisão.

Para poder invocar a imprevisão, o contratante não pode ser o responsável pelo fato que provocou a alteração de circunstâncias, seja por ação ou por omissão de sua parte. Também não pode invocá-la aquele que se encontra em mora, se a prestação se tornou mais gravosa para ele, salvo se aquela situação se verificou anteriormente à mora.

O fato superveniente deve acarretar onerosidade excessiva para o devedor, “não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste”, e para o credor deve resultar uma vantagem exagerada e injustificada (como, aliás, está previsto no artigo 478 do novo Código Civil).

**5.3** O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagrou entre os direitos básicos do consumidor o de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V).

Pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor acolhe a *teoria da quebra da base do negócio jurídico*, pois não exige que o fato superveniente seja imprevisível ou extraordinário, isto é, faz possível a revisão pelo “desaparecimento do fim essencial do contrato” ou pela “destruição da relação de equivalência”.

Frente ao disposto no artigo 51, parágrafo 2º, c. c. o artigo 4º, III, do mesmo Código, o fornecedor também pode pedir a alteração ou revisão de cláusula que lhe traga ônus excessivo, uma vez que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo o “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” e assim também recomenda o princípio da boa-fé, que deve nortear os contratos.

O Código de Defesa do Consumidor não exige para a revisão que da onerosidade excessiva suportada por uma das partes decorra vantagem exagerada para a outra, até porque nem sempre a onerosidade de um lado resulta benefício para o outro. No entanto, isso não significa que a parte prejudicada sempre terá direito à revisão, para aliviar sua situação. A revisão só será possível se a onerosidade excessiva puder ser removida sem afetar a outra parte, pois mesmo no regime protetivo do Código de Defesa do Consumidor nada autoriza a transferência dos prejuízos de uma parte para a outra. Não é possível, portanto, melhorar a situação do consumidor, à custa de prejuízo a ser transferido para o fornecedor. Tal prática não alcança o objetivo da revisão, que é o de restabelecer o equilíbrio contratual, mas tão-só inverte a posição de desequilíbrio.

**5.4** A revisão contratual pode ser feita pela via extrajudicial, mediante acordo direto entre as partes. Na falta de acordo, a revisão terá de ser feita pela via judicial, em ação própria proposta por quem dela quer se beneficiar.

A revisão judicial nem sempre implicará modificação de cláusulas do contrato, pois a alteração pode ser temporária, recomendando apenas solução de situações circunstanciais ou ressarcimento de prejuízos verificados.

A revisão judicial deve procurar restabelecer o equilíbrio contratual, tendo por parâmetro a equidade, pois a sua finalidade é a de obter um resultado justo para o contrato e não a de recuperar a posição negocial do contratante prejudicado, garantindo-lhe o ressarcimento de todos prejuízos ou a recomposição dos lucros que ele esperava conseguir.

Os efeitos da revisão judicial projetam-se para o futuro, para o que está por cumprir. Quanto à parte já cumprida, ou aos contratos findos, não se pode falar propriamente em “revisão”, pois não há como modificar o que já não existe. No máximo, portanto, poder-se-á questionar pagamentos indevidos ou eventuais ressarcimentos fundados em outras causas.

O direito brasileiro encampa o princípio da conservação do contrato, portanto só se optando pela resolução deste se a revisão não conseguir ou for impossível amoldar ou integrar as alterações ao suporte primitivo, de maneira a que o contrato realize o seu fim. No entanto, se só a resolução tiver sido pedida e a outra parte não lhe opuser a modificação, ao juiz é vedado decretar de ofício a revisão, pois não pode substituir-se à vontade dos contratantes.

Não sendo possível a revisão e uma vez resolvido o contrato, as partes devem ser restituídas ao estado anterior, com as compensações necessárias, não se cogitando, em princípio, de indenização por danos, diante da ausência de culpa. Mas só o exame de cada caso concreto é que poderá ditar a justa solução.

**BIBLIOGRAFIA**

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1999, 207 p.
- AGUIAR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na Relação de Consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.
- \_\_\_\_\_. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Aide, 2003, 326 p.
- ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002, 629 p.
- ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais., v. 15, p. 5-19, jul./set. 1995.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 3. ed. atual. São Paulo: EJUL, 1965, 382 p.
- AMARAL, Alberto do Júnior. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, 309 p.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 627 p.
- AMARAL, Luiz . O Código, a Política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 6, p. 69-75, abr./jun. 1993.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2000, 239 p.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel. Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 20, p. 25-69, out./dez. 1996.
- \_\_\_\_\_. e ALVIM Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 577 p.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1999, 171 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, 620 p.
- BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, 202 p.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Projeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 1.062.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 278 p.
- BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 1. ed., v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969, 404 p.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 5. ed., v. 4. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1938, 469 p.
- BITTAR, Carlos Alberto. A Intervenção Estatal na Economia Contratual e a Teoria da Imprevisão. In: \_\_\_\_\_. *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, 160 p.
- \_\_\_\_\_. *Direitos do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, 193 p.

BONATO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor*. Cláusulas Abusivas nas Relações Contratuais de Consumo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, 149 p.

BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, 238 p.

BOURGOIGNIE, Thierry. O Conceito de Abusividade em Relação aos Consumidores e a Necessidade de seu Controle Através de uma Cláusula Geral. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 6, p. 7-16, abr-jun/93.

BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e Contrato no Direito Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, 301 p.

CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual. 1ª ed. francesa. Trad. por Manuel M.ª Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch, 1971, 686 p.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 263 p.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2000, 341 p.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1991, 184 p.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação Como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, 225 p.

\_\_\_\_\_. A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 655, p. 7-11, maio 1990.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de Direito*. Coimbra: Liv. Almedina, 1997, 650 p.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Las Relaciones Obligatorias. 5. ed., vol. 2. Madrid: Ed. Civitas, 1996, 909 p.

\_\_\_\_\_. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. 3. ed. atual. Barcelona: Ed. Ariel, 1999, 317 p.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor. Conceito e Extensão*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1994, 296 p.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 245 p.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1999, 272 p.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Reimp. Atual. Lisboa: Quid Juris ? Soc. Editora, 2001, 334 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1998, 1.838 p.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Projeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, 1.062 p.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 391 p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 244 p.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O Dever de Informar do Fabricante. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 656, p. 53-71, jun. 1990.

GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 2001, 327 p.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 635 p.

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1980, 202 p.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*. Direito das Obrigações. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1951, 1.132 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Projeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, 1.062 p.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2001, 224 p.

JHERING, Rudolf Von. *A Finalidade do Direito*. 1. ed., v. 1. Trad. por Heder K. Hoffmann. Campinas-SP: Bookseller, 2002, 374 p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 727 p.

\_\_\_\_\_. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. p/ Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Ed. Comares, 2002, 212 p.

LEONETTI, Carlos Araújo. Função Social da Propriedade. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 770, p. 729-740, dez. 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Relação de Consumo e a Proteção Jurídica do Consumidor no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, 76 p.

\_\_\_\_\_. *Contratos Difusos e Coletivos*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2000, 576 p.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no Código do Consumidor: Pressupostos Gerais. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, vol. 6, p. 134-141, abr./jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Contrato e Mudança Social. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.

MACEDO, Ronaldo Porto Júnior. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, 396 p.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959, 280 p.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1996, 256 p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, 1.109 p.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 294 p.

MARTINS, Pedro Baptista. *Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. atual. por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 184 p.

- MARTINS, Plínio Lacerda. *O Abuso Nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 182 p.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1. ed., 2ª tir. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2000, 544 p.
- MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. 5. ed., tomo I, vol. 1. Trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, 1962, 470 p.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, 1.406 p.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 30. ed., vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1998, 428 p.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, 327 p.
- MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001, 300 p.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos en Dólares*. Revisión judicial. Teoría de la imprevisión. Hiperinflación. Moneda extranjera. Reimp. Buenos Aires: Ed. La Rocca, 1990, 216 p.
- NERY, Nelson Júnior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados Pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, 1.062 p.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2001, 178 p.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito Material*. São Paulo: Saraiva, 2000, 716 p.
- OTHON SIDOU, J. M. *Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus Sic Stantibus) e Contrato de Adesão No Direito Vigente e No Projeto de Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 175 p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 529 p.
- \_\_\_\_\_. *Lesão nos Contratos*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, 227 p.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil. Alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 322 p.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 359 p.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed., anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo. Ed. Rev. dos Tribunais, 1999, 981 p.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998, 393 p.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*, 19. ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2000, 749 p.
- \_\_\_\_\_. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2. ed. rev., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2001, 239 p.
- RESTIFFE, Paulo Neto; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2000, 1.079 p.

- PINO, Augusto. *La Excesiva Onerosidad de la Prestacion*. Trad. p/ Federico de Mallol. Barcelona: Bosch, 1959, 253 p.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed., tomo 25. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1959, 461p.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios Fundamentales de los Contratos*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999, 604 p.
- RIPERT, Georges. *A Regra Moral Nas Obrigações Civas*. 3. ed. francesa. Trad. por Osório de Oliveira. Campinas-SP: Bookseller, 2000, 394 p.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 1.071 p.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 165 p.
- RODRIGUES, Silvio. *Dos Vícios do Consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, 345 p.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil*. 26.ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1999, 400 p.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Liv. Almedina, 1988, 371 p.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 4. ed., v. 14. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, 401 p.
- SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2000, 273 p.
- SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico. Estado e Normalização da Economia*. Porto Alegre: Fabris Ed., 2000, 208 p.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. Introdução. Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 8. ed. rev. e atual, v. 1. Atual. p/ José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, 627 p.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil*. Fontes das Obrigações: Contratos. 6. ed., v. 3. 6ª ed., rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, 430 p.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula Geral de Boa-fé nos Contratos de Consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed., v. 3. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 507 p.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 287 p.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos: Do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 165 p.
- SILVA FILHO, Artur Marques da.. Revisão Judicial dos Contratos. In: Carlos Alberto Bittar (Coord.). *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, 160 p.
- SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas Mercantis no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá Ed., 1999, 284 p.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz*. A Igualdade das Partes e a Repressão ao Abuso no Processo. Porto Alegre: Fabris Ed., 1987, 211 p.

- \_\_\_\_\_. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. Um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996, 324 p.
- STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Derechos y Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994, 398 p.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 485 p.
- TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 576 p.
- \_\_\_\_\_. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 521 p.
- THEODORO JR., Humberto. *O Contrato e Seus Princípios*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 2001, 287 p.
- \_\_\_\_\_. *Direitos do Consumidor*. A Busca de Um Ponto de Equilíbrio Entre as Garantias do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 240 p.
- \_\_\_\_\_. *O Contrato e sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 148 p.
- TOMASETTI, Alcides Júnior. A Configuração Constitucional e o Modelo Normativo do CDC. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 14, p. 28-32, abr./jun. 1995.
- VARELA, João Antunes Fagundes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. rev. e atual., v. 1. Coimbra: Almedina, 2000, 962 p.
- WALD, Arnold. O Direito do Consumidor e Suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 666, p. 7-17, abr. 1991.
- WILHELMSSON, Thomas. Regulação de Cláusulas Contratuais. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, v. 18, p. 9-22, abr./jun. 1996.